Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder bei Fortführung eines Handelsgeschäfts des Erblassers

Peter Fr. Scheel

Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder bei Fortführung eines Handelsgeschäfts des Erblassers

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Peter Fr. Scheel

1962

Referent: Professor Dr. Krause

Korreferent: Professor Dr. Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 7. 1962

(Schlussberatung)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis II - IV

Literaturverzeichnis V - IX

1. Kapitel

A. Einleitung 1

B. Voraussetzungen 4
- I. Testament
- II. Ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft
- III. Annahme des Amtes
- IV. Besitzerwerb 4
- V. Verwaltende Tätigkeit
  - 1. Bevollmächtigung 6
  - 2. Treuhandschaft 8

2. Kapitel

A. Fortführung unter bisheriger Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz 11
- I. Recht zur Fortführung unter bisheriger Firma 11
- II. Erbe hat neue Firma geschaffen 13
- III. Verpflichtung zur Fortführung unter der bisherigen Firma 14
- IV. Nachfolgezusatz 14

B. Haftung des Testamentsvollstreckers für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers 16
- I. Übernahme des Geschäfts nach vorheriger Fortführung durch den Erben 18
  - 1. Bestehende Verbindlichkeiten 20
    - a. Übernahme innerhalb von 3 Monaten 20
    - b. Erbe hat Haftung nach § 25 II HGB ausgeschlossen 24
    - c. Erbe hat neue Firma geschaffen
    - d. In den übrigen Fällen 26

2. Haftungsausschluss 28
a. In den Fällen a - c 29
b. Im Falle d 31

II. Übernahme des Geschäfts unmittelbar nach Erbfall 35
1. Bestehende Verbindlichkeiten 35
a. § 27 als Haftungsgrundlage 36
b. § 25 als Haftungsgrundlage 36
c. Ergebnis 37
2. Haftungsausschluss 39
a. § 27 II HGB 39
b. § 25 II HGB 39
III. Arbeitsverträge 44

C. Eintragung ins Handelsregister 47

3. Kapitel

A. Haftung für die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten 49

I. Haftungsobjekt : Vermögen des TV 49

II. Haftungsobjekt : Nachlass 49
1. Entzug des Widerspruchrechts des Erben kraft Gesetzes 51
a. § 748 ZPO in unmittelbarer Anwendung 52
b. § 748 ZPO in entsprechender Anwendung 54
2. Umfang des haftenden Nachlasses 59
3. Besitz 60
4. Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf das Widerspruchsrecht 63

B. Eigentum an neuerworbenen Gegenständen 65

C. Pflichten des Testamentsvollstreckers 68

I. Nachlassverzeichnis 68
II. Ordnungsgemässe Verwaltung 68
III. Herausgabe von Nachlassgegenständen 69
IV. Beteiligung Dritter 70
V. Rechnungslegung 71
VI. Schadensersatzpflicht 72

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546810_0020

D. Aufwendungsersatzanspruch 74

I. Ersatz von Aufwendungen 74
II. Befreiung von Verbindlichkeiten 77
III. Haftung des Erben 78

E. Vergütung des Testamentsvollstreckers 81

I. Bestimmung durch Erblasser 81
II. Angemessene Vergütung 81
1. Entgelt 82
2. Gewinnbeteiligung 83

4. Kapitel

A. Beendigung der Testamentsvollstreckung 85

I. Gründe 85
II. Auswirkung auf die Inhaberschaft 88
1. Beibehaltung der bisherigen Firma 89
2. Handelsregister 90
3. Haftung des Erben für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten 92
a. Übergang unter Lebenden 92
aa. Rechtsgrund § 25 HGB 92
bb. Haftungsausschluss 94
b. Übergang nach Tod des Testamentsvollstreckers 97
aa. Rechtsgrund § 27 HGB 97
bb. Haftungsausschluss 98
cc. Innenverhältnis 100

B. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder 101

I. Fiduziarische Treuhand 101
II. Offene Treuhand 104
III. Rechtsnatur der normalen Testamentsvollstreckung 105
IV. Ergebnis 108

Lebenslauf

LITERATURVERZEICHNIS

1. Lehrbücher und Kommentare

BAUMBACH - DUDEN, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage, 1961

BAUMBACH - LAUTERBACH, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 26. Auflage, 1961

BINDER , Bürgerliches Recht, Erbrecht, 2. Auflage 1930

COSACK , Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Auflage 1930

DIETZ , Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz , 3. Auflage, 1960

DÜRINGER - HACHENBURG, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, 1930

ENNECCERUS - NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB,
1. Halbband, 15. Auflage, 1959
2. Halbband, 15. Auflage, 1960

GOLDMANN , Das Handelsgesetzbuch, Kommentar ,
1. Band, 1901

HEYMANN - KOETTER, Handelsgesetzbuch, 20. Aufl. 1950

HUECK - NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts ,
6. Auflage, 1. Band, 1953

KIPP - COING, Erbrecht, ein Lehrbuch,
11. Bearbeitung, 1960

KOENIGE - TEICHMANN - KOEHLER, Handelsgesetzbuch,
2. Auflage, 1929

MÜLLER - ERZBACH, Deutsches Handelsrecht,
2. und 3. Auflage, 1928

NIKISCH, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. Auflage, 1961

PALANDT , Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
17. Auflage, § 1922 - § 2385 bearbeitet
von Rechenmacher, 1958

PLANCK , Kommentar zum BGB, 4. Auflage, V. Band,
Erbrecht, bearbeitet von Flad, 1930

RGR - Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,
11. Auflage, 1. Band, 1. Teil,
§ 158 - § 185 bearbeitet von Kuhn, 1959
11. Auflage, 1. Band, 2. Teil, § 241 -
§ 304 bearbeitet von Nastelski, 1960
10. Auflage, 2. Band, § 611 - § 704
bearbeitet von Denecke, 1953
11. Auflage, 5. Band, 1. Teil, § 2147 -
§ 2196 bearbeitet von Johannsen, 1960
11. Auflage, 5. Band, 2. Teil, § 2197 -
§ 2264 bearbeitet von Kregel, 1961

RGR - Kommentar zum HGB, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts,
3. Band, § 343 - § 372 bearbeitet von
Godin, 1941
2. Auflage, 1. Band, bearbeitet von
Würdinger, 1953

RITTER - Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1932

ROSENBERG, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 1961

SCHLEGELBERGER, Handelsgesetzbuch, Kommentar,
4. Auflage, 1. Band, § 1 - § 58
bearbeitet von Hildebrandt, 1960
3. Auflage, 3. Band, § 343 - § 372
bearbeitet von Hildebrandt, 1956

SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954

SOERGEL - SIEBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage I. Band, § 164 - § 185
bearbeitet von Schultze-von-Lassaulx,
1959
9. Auflage, III. Band, § 1922 - § 2385
bearbeitet von Ehard-Eder, 1960

STAUB, Kommentar zum HGB, 10. Auflage, 1920

v. STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11. Auflage, 1. Band, § 1 - § 240
bearbeitet von Coing, 1957
11. Auflage, 2. Band, 3. Teil,
§ - bearbeitet von Nipperdey,
1958
10. Auflage, Erbrecht, 1. Teil,
§ 1922 bearbeitet von Boehmer,
§ 1923 - § 2063 bearbeitet von Lehmann,
§ 1922 - § 2063 bearbeitet von Lehmann,
§ 2064 - § 2196 bearbeitet von Seybold,
1954
10/11. Auflage, Erbrecht, 2. Teil,
§ 2197 - § 2228 bearbeitet von Dittmann,
1960

STEIN - JONAS (-Schröder - Schönke - Pohle),
Kommentar zur Zivilprozessordnung,
18. Auflage, 1. Band, 1953
18. Auflage, 2. Band, 1956

WIECZOREK, Kommentar zur Zivilprozessordnung,
Band IV, 1. Teil, 1958

2. Einzelabhandlungen, Aufsätze, Anmerkungen

BLASCHKE, Die privatrechtliche Natur der Testamentsvollstreckung, Diss. München 1952

BONDI, Anmerkung zu RG 132/138, JW 1931/3073

BONDI, Der Testamentsvollstrecker des Kaufmanns, Zentralblatt für das Handelsrecht ZB1HR 1926/308

DONNER, Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, Deutsche Notar Zeitschrift (DNotZ) 1944/143

GALPERIN, Betriebsnachfolge, Betriebsberater (BB) 1952/322

von GIERKE, Das Handelsunternehmen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) 111/1

GOLDSCHMIDT, Die Beerbung eines Einzelkaufmanns durch mehrere Erben, JW 1931/3057

GROSCHUFF, Die Registerfähigkeit der Testamentsvollstreckung, JW 1938/1361

GRÜNSCHILD, Die Treuhandschaft zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung, 1914

HAEGELE, Der Testamentsvollstrecker, 1953

HEINEMANN, Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, Gruchot Beiträge 70/496

HILDEBRANDT, Das Handelsgeschäft als Nachlassgegenstand, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (DFG) 1937/153

HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, Zeitschrift für das gesamt Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) 117/41

HUECK, Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäftes, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (ZHR) 108, 2

LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960

MAINS, Der Testamentsvollstrecker im Handelsregister, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit DFG 1939, 191

MOLITOR, Arbeitnehmer und Betrieb, 1929

NIPPERDEY, Treuhänderschaft und Gesetz Nr. 8 AHK, Festschrift für Nikisch, 1958

PLAßMANN, Vergütung für die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers, JW 1935, 1830

RICHARDI, Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personalgesellschaft, 1961

SIEBERT, Die rechtsgeschäftliche Treuhand, 1933

SIEBERT, Die Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für Hueck (HF), 1959

STEGLMANN, Vererbung eines Handelsgeschäfts, Rostocker Rechtswissenschaftliche Studien, 1903

VOGELS, Anmerkung zu KG JW 39, 104 = JFG 18, 276, Deutsche Justiz 1939, 1008
(JFG = Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts)

WALDMANN, Zur Rechtsstellung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts im Hinblick auf das Handelsregister, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit (DFG) 1943, 91

1. Kapitel

A. EINLEITUNG:

Hat der Erblasser für ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft TV [1] angeordnet und will der TV dieses Handelsgeschäft fortführen, so ergeben sich dadurch Schwierigkeiten, dass Haftungsgrundsätze des Handelsrechts mit denen des Erbrechts zusammenstossen. Nach den Grundsätzen des Handelsrechts haftet der Inhaber einer Einzelfirma grundsätzlich unbeschränkt (§§ 22, 25, 27 HGB). Nach den Bestimmungen des Erbrechts (§ 2206 BGB) kann der TV grundsätzlich Verbindlichkeiten nur für den Nachlass eingehen und er kann nicht verhindern, dass der Erbe die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten herbeiführt (§§ 1967, 1973, 1980 und 1990 BGB). Wenn der TV das Geschäft in seiner Eigenschaft und kraft seines Amtes als TV weiterführen würde - und demgemäss in das Handelsregister der Erbe als Inhaber und der TV als Leiter des Unternehmens eingetragen werden müsste - , würde weder der TV noch der Erbe für die neu eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten haften. Dies ist aber mit den Vorschriften des HGB, denen nach Art. 2 EGHGB der Vorrang vor den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts einzuräumen ist, nicht vereinbar. Aber auch mit den Bedürfnissen eines geordneten Handelsverkehrs wäre ein solcher Zustand nicht in Einklang zu bringen. Es wäre dem Erblasser die Macht gegeben, sein Geschäft in der Person des Erben zu einem Unternehmen mit beschränkter Haftung zu gestalten, ohne die hierfür vom Gesetz bestimmten Rechtsnormen (GmbH, KG) zu benützen. [2] Daher kann nach allgemeiner Ansicht der TV keinesfalls als solcher das Geschäft fortführen [3].

---

1) Testamentsvollstreckung und Testamentsvollstrecker werden im folgenden mit TV abgekürzt.

2) Staudinger-Dittman, vor § 2197, 65

3) RG 132, 138; KG JW 1937, 2599; BGH 12/100, Bondi JW 1931, 3073

Nun wird aber der Erblasser, der ein Geschäft hinterlässt, die TV oft gerade deswegen angeordnet haben, weil er den Erben die Führung des Geschäfts nicht zutraut und diese in die Hände eines TV legen möchte. So finden sich solche TV-Einsetzungen besonders häufig, wenn der Erblasser noch jüngere Kinder hat und etwa bestimmt, die TV solle bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres des Unternehmer-Erben dauern.

Die notwendige Folge aus dieser Erkenntnis ist, dass beim Einzelunternehmen nur abgewandelte oder mittelbare Formen [4] der TV in Frage kommen. Rechtsprechung und Rechtslehre haben folgende Lösungen gefunden.

1. Der TV kann das Geschäft im Namen des Erben als deren Bevollmächtigter weiterführen. Dann werden die Erben als Inhaber in das Handelsregister eingetragen. Die Erben haften für die neu entstehenden Geschäftsverbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt, da diese in ihrem Namen eingegangen werden [5]. Sie sind keine Nachlassverbindlichkeiten. [6]

2. Der TV kann das Geschäft auch aus seiner Verwaltung freigeben (§ 2217 BGB). Er hat diese Befugnis allerdings nicht, wenn der Erblasser sie ausdrücklich ausgeschlossen hat oder dem TV die Freigabe untersagt hat oder ihm, was auf dasselbe hinausläuft, die Verwaltung des Nachlasses im allgemeinen oder des Geschäfts eigens aufgetragen hat [7].

3. Der TV ist in der Regel auch befugt, kraft seines Verfügungsrechtes, das Geschäft zu veräussern.

---

4) Siebert in HF, S. 330

5) BGH 12/100; 24,112, KG JW 1937, 2599
Palandt-Rechenmacher § 2205 A 1b; Donner DNot Z 1944, 143;
Staudinger-Dittmann, § 2197 A 6

6) Staudinger-Dittmann vor § 2197, Anm. 66

7) Staudinger-Dittmann vor § 2197, Anm. 67

4. Der TV kann das Geschäft aber auch im eigenen Namen unter eigener persönlicher Haftung als Treuhänder für Rechnung des Erben führen [8].

Diese letzte Lösung ist Thema dieser Arbeit.

---

8) BGH 12, 100; 24, 112; RG 132, 138; KG DFG 18, 276; KG JW 1937, 2599; OLG München JFG 14, 428; KG JW 1936, 1137; Bondi JW 1931, 3073; Donner DNotz 1944, 143; Staudinger-Dittmann § 2205 A. 58, 59; Palandt-Rechenmacher § 2205 A. 1b; Kipp-Coing § 68 III 2b; Hueck in ZHR 108, 28; Siebert in HF S. 331, 337.

B. VORAUSSETZUNGEN

I. Testament.

Erste Voraussetzung für die Übernahme des Geschäfts ist die testamentarische Einsetzung eines TV (§ 2197 BGB). Ob durch die letztwillige Verfügung der Erblasser einen TV ernennen wollte, hängt entscheidend nicht von dem Wortlaut sondern von dem aus dem gesamten Inhalt der Verfügung und aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmenden Sinn der Erklärung ab (§ 133 BGB). Dass der Erblasser das Wort TV verwendet hat, ist nicht notwendig. Er kann die Ernennung auch in andere Worte kleiden (§ 133, 2087 BGB). So kann die Ernennung eines TV auch dann gewollt sein, wenn der Erblasser einen Pfleger einsetzt [1]. Auch die Ausdrücke "Beistand", Kuratel" können auf die Anordnung einer TV hindeuten.

II. Ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft.

Weiter muss sich die TV auf das dem Erblasser gehörende Einzelhandelsgeschäft beziehen. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass die angeordnete TV sich auf den gesamten Nachlass bezieht und zu dem Nachlass ein Einzelhandelsgeschäft gehört. Durch die letztwillige Verfügung kann aber auch nur das Einzelunternehmen der Verwaltung eines TV unterworfen werden (beschränkte Ernennung).

III. Annahme des Amtes.

Das Amt des TV beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt annimmt (§ 2202 BGB). Die Annahme erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht (Abs. II).

IV. Besitzerwerb.

Nach § 2205 I BGB darf der TV den Nachlass in Besitz nehmen. Zu diesem Nachlass gehören nicht nur die Lebensgüter, deren Beherr-

1) Staudinger-Dittmann § 2197 A. 10

schung in die Form von subjektiven Rechten gekleidet ist, sondern auch tatsächliche Beziehungen, die geeignet sind, zu vermögensrechtlichen Verhältnissen zu werden [2]. Für ein Handelsgeschäft bedeutet dies, dass nicht nur die sachlichen und persönlichen Güter, die bereits Rechtsform angenommen haben, insbesondere Firma, Warenzeichen, immaterielle Güter und gewerbliche Schutzrechte, also das ganze Handels- und Betriebsvermögen, zu dem Nachlass gehören, sondern auch die Gesamtheit der zunächst rein tatsächlichen Beziehungen, die in dem Tätigkeitsbereich des Betriebes eines solchen Unternehmens entstehen, wie z.B. Geschäftserfahrungen, Fabrikationsgeheimnisse, Kentnisse von Bezugs- und Absatzquellen, Verbindungen mit der Kundschaft, innere Ordnung des Betriebes und Organisationspläne, tatsächliche Monopole, Telegrammadressen und die sich darauf stützenden Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb (die sogenannten Chancen des Geschäftes) kurz die ganze Summe der substanzlosen "inneren" Vermögenswerte (der nicht reproduzierbare "goodwill"), die zum Unterschied von dem eigentlichen Handelsvermögen den Begriff des Handelsgeschäfts oder Unternehmens im engeren Sinne ausmachen. Denn auch sie bilden eine gewisse rechtliche Einheit, die der Verfügung unterliegt und in zahlreichen Gesetzesbestimmungen als solche anerkannt wird (z.B. §§ 22, 27 HGB, § 134 KO).

Macht der TV von seinem Recht nach § 2205 BGB Gebrauch, so wird er "Besitzer" des Handelsgeschäfts, d.h. er wird unmittelbarer Besitzer der besitzfähigen Gegenstände des Handelsvermögens. Gleichzeitig kann er als Besitzer die tatsächlichen Beziehungen, die sich zu vermögensrechtlichen Verhältnissen entwickeln können, ausnutzen. Obwohl der TV nicht Eigentümer des Geschäftsvermögens wird, wird er als Besitzer desselben so gestellt, dass der goodwill in der Person des TV seinen Träger findet. Die Stellung eines besitzerwerbenden TV ähnelt der eines Pächters oder

---

2) Staudinger-Boehmer, § 1922 A. 167

Niessbrauchers eines Handelgeschäfts. Ohne dass diese Eigentümer des Geschäftsvermögens werden, können sie den goodwill des Unternehmens verwenden.

Bis zu dem Zeitpunkt der Inbesitznahme des Handelsgeschäfts unterscheidet sich die TV für ein Handelsgeschäft in keiner Weise von der üblichen TV. Denn auch bei dieser steht dem TV das Recht zu, den von ihm zu verwaltenden Nachlass in Besitz zu nehmen. Aber auch in den in der Einleitung aufgezeigten Möglichkeiten für den TV, ein Handelsgeschäft zu führen, besteht hinsichtlich des Besitzerwerbs des TV an dem Handelsgeschäft kein Unterschied. Sowohl als Treuhänder als auch als Bevollmächtigter ist er Besitzer der körperlichen Sachen des Geschäftsvermögens. In beiden Fällen kann er die in dem Unternehmen begründeten Chancen ausnutzen.

V. Verwaltende Tätigkeit.

Erst mit dem Augenblick, in dem der TV seiner eigentlichen Aufgabe entsprechend den Nachlass zu verwalten, d.h. das Handelsgeschäft zu führen beginnt, treten, da mit der Geschäftsführung gleichzeitig das Eingehen neuer Verbindlichkeiten notwendigerweise verbunden ist, die sich widersprechenden Haftungsgrundsätze des Erbrechts und des Handelsrechts in Erscheinung, wobei den handelsrechtlichen Haftungsprinzipien der Vorrang zu geben ist. Dies hat zur Folge, dass die Verwaltungstätigkeit des TV nach abgewandelten Formen der TV abläuft. Der TV hat sich daher jetzt zu entscheiden, ob er das Geschäft als Bevollmächtigter des Erben oder als Treuhänder fortführen will. Die Möglichkeit der Freigabe bzw. des Verkaufs des Unternehmens sollen unberücksichtigt bleiben.

1. Bevollmächtigung.

Bei einer Bevollmächtigung durch den Erben kann der TV im Namen des Erben auftreten, das Geschäft führen und den Erben unbeschränkt verpflichten. Gegen diese Bevollmächtigung des TV durch den Erben

bestehen keine Bedenken, wenn der Erbe die Vollmacht freiwillig, wenn auch entsprechend den Wünschen des Erblassers, erteilt. An seiner Privatautonomie ist nicht zu zweifeln. [3]

Wie aber ist es, wenn der Erbe zu einer freiwilligen Bevollmächtigung nicht bereit ist? Kann er gegen seinen Willen durch testamentarische Anordnung verpflichtet werden, dem TV eine über den Nachlass hinausgehende Verpflichtungsbefugnis einzuräumen?

Unter Berufung auf Kipp-Coing und Donner führt der BGH in seiner Entscheidung vom 18. Januar 1954 [4] aus, es sei rechtlich möglich, dass der Erblasser durch letztwillige Anordnung einer entsprechenden Bedingung oder Auflage den Erben verpflichten könne, dem TV die Befugnis einzuräumen, auch über den Rahmen des § 2206 BGB hinaus, persönliche Verpflichtungen für den Erben einzugehen. Mit einer derartigen Rechtsauslegung seien für den Erben keine unzumutbaren Gefahren verbunden. Der Erbe könne die Erbschaft ausschlagen. Der TV hafte für seine Pflichtverletzungen. Ausserdem könne er abberufen werden.

Diese Rechtssprechung, die der BGH in seiner Entscheidung vom 11. April 1957 [5] bestätigt, hat weitgehend Zustimmung gefunden (siehe oben S. 2).

Siebert [6] hat gegen diese Rechtsprechung erhebliche Bedenken geltend gemacht.

Nach Richardi [7] kann der Erblasser nicht durch eine Auflage den Erben zur Bevollmächtigung des TV verpflichten. Die Verbindlichteiten aus Auflagen gehörten zu den Nachlassverbindlichkeiten, für deren Erfüllung der beschwerte Erbe nur nach erbrechtlichen Grundsätzen hafte (§ 1967 II BGB).

---

3) Siebert HF S. 331
4) BGH 12, 103
5) BGH 24, 112
6) HF S. 333 f.
7) Richardi S. 48 f.

Dieser Regelung stehe die Auflage, durch die der Erbe zur Bevollmächtigung verpflichtet würde, im unlösbaren Widerspruch, da mit der Bevollmächtigung seine unbeschränkte persönliche Haftung verbunden sei.

Dagegen sei die Bevollmächtigung des TV als Bedingung für die Wirksamkeit der letztwilligen Zuwendung rechtlich möglich [8]. Doch dürfe für den Regelfall nicht unterstellt werden, dass der Erblasser die Erbeinsetzung von der Bevollmächtigung abhängig machen wollte. Vielmehr müsste sich ein dahingehender Wille des Erblassers eindeutig aus der letztwilligen Verfügung ergeben.

2. Treuhandschaft.

Während bei der Bevollmächtigung die Abwandlung der TV darin besteht, dass der Erbe persönlich und unbeschränkt haftet, wozu wegen der Erweiterung der gesetzlichen d.h. beschränkbaren Haftung ein Willensakt - die Bevollmächtigung - des Erben erforderlich ist, wird bei der treuhänderischen Übernahme die TV dahin abgewandelt, dass der TV persönlich haftet. Für den Erben selbst hat diese Abwandlung über das gesetzlich festgelegte Verhältnis zwischen ihm und dem TV hinaus keine Auswirkungen. Mit der aufgrund der letztwilligen Anordnung eingeräumten Herrschaft des TV verbindet sich im Falle der treuhänderischen Inhaberschaft seine Haftung [9]. Dadurch wird nicht nur die bei der Bevollmächtigung mögliche Gefährdung des Erben ausgeschlossen, sondern gleichzeitig kommt dem Erben noch der Vorteil zugute, dass durch die eigene Haftung der TV mit grösserer Mühe und Sorgfalt das Geschäft zu führen bestrebt sein wird. Durch das Tätigwerden des TV kann äusserstenfalls der Nachlass, hier das Handelsgeschäft, verlorengehen; damit muss aber jeder Erbe rechnen.

---

8) Richardi S. 51 f.
9) Siebert HF S. 337

Hat sich der TV entschieden, das Geschäft als Treuhänder mit seiner Haftung zu verwalten, wird man grundsätzlich diese Übernahme nicht von einer Zustimmung des Erben abhängig machen können (anders Schlegelberger-Hildebrandt [10] der eine entsprechende Ermächtigung des Erben verlangt). Im Einzelfall könnte die Übernahme des Geschäfts ohne Zustimmung des Erben wegen Widerstreits der beiderseitigen Interessen einen Verstoss gegen den Grundsatz der ordnungsgemässen Verwaltung (§ 2216 BGB) darstellen. Hat aber der Erblasser durch letztwillige Verfügung den TV zur Fortführung des Geschäfts angewiesen, so wird ein solcher Verstoss im allgemeinen nicht in Frage kommen [11].

Ist der Erbe aber seinerseits bereit, den TV zur Führung des Geschäfts zu bevollmächtigen, so kann nach BGH 24, 112 der TV nicht als Treuhänder das Geschäft führen. Wenn es auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, wird man dies doch als Ausfluss der Grundsätze der ordnungsgemässen Verwaltung bezeichnen können. Tatsächlich werden sich in diesem Punkte keine Schwierigkeiten ergeben. Will der Erbe den TV bevollmächtigen, wird der TV regelmässig als Bevollmächtigter das Geschäft führen, da er anders als bei der treuhänderischen Inhaberschaft nicht persönlich haftet.

Dies bedeutet, dass die treuhänderische Form der TV im Testament nicht besonders und ausdrücklich angeordnet werden muss. Ihre Zulässigkeit ergibt sich schon aus der blossen Anordnung der TV, sofern nicht das Testament erkennen lässt, dass eine treuhänderische TV vom Erblasser nicht gewollt ist [12]. Zu diesem Ergebnis gelangt auch der BGH [13]. Welchen Weg der TV einschlägt - Treuhänder oder Bevollmächtigter -, bleibt, soweit der Erblasser nicht besondere Anordnungen getroffen hat, grundsätzlich seinem pflichtgemässen Ermessen überlassen.

---

10) § 22 A. 8
11) Staudinger-Dittmann vor § 2197 A. 65
12) Siebert HF S. 338
13) BGH 12, 100

Wenn dagegen der BGH in 24, 112 ausführt, dass mangels abweichender Anhaltspunkte in der Anordnung der Verwaltungsvollstreckung zugleich die Auflage des Erblassers an den Erben liegt, eine treuhänderische Übertragung des Handelsgeschäfts vorzunehmen, wenn er nicht damit einverstanden ist, dass das Handelsgeschäft in seinem Namen durch den TV geführt wird, so kann dem nicht zugestimmt werden. Das Handelsgeschäft ist mit seinen gesamten rechtlichen wie tatsächlichen Beziehungen bereits in Ausführung der letztwilligen Anordnung auf dem TV übergegangen. Der TV ist zwar durch den Besitzerwerb noch nicht Inhaber geworden. Aufgrund seines Besitzes und seines Verfügungs- und Verwaltungsrechtes ist der TV aber rechtlich und tatsächlich in der Lage, als Inhaber mit eigener persönlicher Haftung das Geschäft weiterzuführen. Aus diesem Grunde kann auch nicht der Erbe eine erneute Übertragung vornehmen. Das zu übertragende Handelsgeschäft hat der TV als Erwerber bereits in Besitz. Deshalb ist für eine Auflage und somit für eine weitere Mitwirkungshandlung des Erben kein Platz.

2. Kapitel

A. Fortführung unter bisheriger Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz.

I. Das Recht zur Fortführung unter bisheriger Firma.

Nach § 22 HGB darf der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts - und als solcher ist der TV als treuhänderischer Inhaber zu betrachten - für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erbe in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen. Nach dieser Bestimmung müsste der Erbe sich damit einverstanden erklären, dass der TV als treuhänderischer Inhaber das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführen kann.

Durch die TV sind aber dem Erben ein Teil seiner Rechte entzogen. Nach § 2111 BGB kann der Erbe über Nachlassgegenstände nicht verfügen. Das Firmenrecht unterliegt zusammen mit dem Handelsgeschäft der Vererbung [1], es ist somit Nachlassgegenstand, welches der Verwaltung des TV unterliegt. Ob die Einwilligung zur Firmenfortführung als einseitige Rechtshandlung [2] oder als zweiseitiges Rechtsgeschäft über die Übertragung des Firmenrechts aufgefasst werden muss [3], ist zweifelhaft. Diese Frage braucht aber auch nicht entschieden zu werden. Nach der Entscheidung des RG[4], auf die sich Würdinger stützt, wird "dem Erwerber durch die Einwilligung das Recht zum Gebrauch der Firma unter Verzicht auf die eigene störende Weiterbenutzung bewilligt". Ob hiermit der bislang Berechtigte auf die Geltend-

---

1) Staudinger-Boehmer, § 1922 A. 164
2) Würdinger, § 22 A. 29
3) Schlegelberger-Hildebrandt, § 22 A. 12
4) RG 107, 33

machung seiner Firma verzichtet oder ob nicht vielmehr das Firmenrecht auf den Erwerber übertragen wird - hierfür spricht, dass der Erwerber unter der bisherigen Firma das Geschäft weiterführen darf, während der vorherige Inhaber sein Recht, die Firma zu benutzen, verliert, der Erwerber darüber hinaus grundsätzlich berechtigt ist, bei Weiterveräusserung des Handelsgeschäfts dem Neuerwerber ebenfalls die Einwilligung nach § 22 HGB zu erteilen - ist gleichgültig. Denn sowohl in dem Verzicht als auch in der Übertragung liegt eine Verfügung über das Firmenrecht [5].

Die Einwilligung nach § 22 HGB beinhaltet demnach eine Verfügung über den Nachlassgegenstand "Firma", zu der der Erbe nach § 2211 BGB nicht berechtigt ist.

Die dem Erben entzogene Verfügungsmacht fällt dem TV zu. Dieser kann seinerseits die Einwilligung rechtswirksam abgeben. Zu diesem Ergebnis kommen auch Würdinger [6] und neuerdings Schlegelberger-Hildebrandt [7]. "Unterliegt das Unternehmen der Verwaltung eines TV und hat der Erblasser nichts anderes angeordnet (§ 2208 BGB) ist der TV befugt, bei der Veräusserung des Unternehmens die Fortführung der Firma selbständig zu bewilligen."

Der Erbe kann somit dem TV eine Einwilligung nach § 22 HGB nicht erteilen. Als Verfügungsberechtigter bedarf der TV seinerseits keiner Einwilligung. Er hat das Recht, das Handelsgeschäft unter Beibehaltung der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortzuführen. Seine Rechtsstellung entspricht in gewisser Weise der des Erben eines Handelsgeschäfts ohne angeordnete TV. Auch dieser bedarf zur Fortführung unter der bisherigen Firma keiner Einwilligung [8] [9].

---

5) Enneccerus-Nipperdey § 143 III
6) § 22 A. 29
7) § 22 A. 15
8) Schlegelberger-Hildebrandt, § 22 A. 7
9) Würdinger, § 22 A. 29

II. Erbe hat neue Firma geschaffen.

Hat der Erbe zunächst das Handelsgeschäft selbst fortgeführt und dabei nach § 18 HGB, sei es mit Einwilligung des TV, sei es ohne seine Einwilligung in Unkenntnis der angeordneten TV oder sonst rechtswirksam eine eigene Firma geschaffen, so muss bei Übernahme des Geschäfts durch den TV der Erbe nach § 22 HGB in die Firmenfortführung einwilligen. Die oben entwickelten Grundsätze greifen in diesem Fall nicht durch. Die Verfügungsmacht des TV bezieht sich auf die vom Erblasser herrührende Firma. Diese ist aber erloschen. Die neue Firma ist an die Person des Erben geknüpft, der als bisheriger Inhaber in die Fortführung unter Beibehaltung seiner Firma einwilligen kann. Er ist aber nicht dazu verpflichtet. Die mit der TV erfolgte Verfügungsbeschränkung über die Firma des Erblassers erstreckt sich nicht auf die neu geschaffene Firma des Erben.

Sehr oft wird der Erbe ein Interesse daran haben, dass der TV das Geschäft unter der neuen Firma weiterführt. Denn dadurch bleibt die Kontinuität der Firma auch während der Zeit der TV gewahrt. In diesem Fall wird der Erbe die Einwilligung nach § 22 HGB aus eigenem Interesse erteilen. Lehnt der Erbe diese Einwilligung ab, entstehen für den TV keine besonderen Härten. Die Firma des Erblassers mit ihrem guten Ruf und den damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteilen besteht nicht mehr. Die neue Firma des Erben hat in der Zwischenzeit noch nicht ein so grosses Ansehen erworben, dass sich bereits darauf begründete wirtschaftliche Erfolge einstellen. Eine erneute Firmenänderung könnte unter diesem Gesichtspunkt keinen weiteren Schaden verursachen. Darüber hinaus hat der TV die Möglichkeit, die Annahme des Amtes abzulehnen.

In der Praxis wird es ausserdem sehr selten vorkommen, dass, obwohl TV angeordnet ist, der Erbe dem Handelsgeschäft eine neue Firma gibt.

III. Verpflichtung zur Fortführung unter der bisherigen Firma.

Im Regelfall wird der TV nicht nur berechtigt sein, das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen, sondern er wird auch hierzu verpflichtet sein.

Hat der Erblasser eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Firma getroffen, hat der TV dieser Regelung entsprechend zu handeln (§ 2216 II BGB). Handelt der TV der Anordnung zuwider, kann das Nachlassgericht auf Antrag eines Beteiligten den TV aus seinem Amt entlassen.

Aber auch ohne dass es ausdrücklich festgelegt ist, hat der TV das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen. Der Erblasser wollte sein Handelsgeschäft noch nicht zum Zeitpunkt seines Todes auf den Erben übergehen lassen. Vielmehr sollte eine gewisse Zeit ein Mann seines Vertrauens das Geschäft leiten. Auf jeden Fall sollte aber das Geschäft mit der Firma, so wie er beide hinterlassen hat, erhalten bleiben. In dieser Form sollte es später auf seinen Erben übergehen. Im Rahmen der ordnungsgemässen Verwaltung (§ 2216 I BGB) hat der TV die Firma beizubehalten. Ändert dennoch der TV bei Übernahme des Geschäfts die Firma, wird in der Regel ein wichtiger Grund gegeben sein, der seine Entlassung nach § 2217 BGB rechtfertigt.

IV. Nachfolgezusatz.

Nicht eindeutig ist zu entscheiden, ob der TV das Unternehmen unter der bisherigen Firma aber mit Nachfolgezusatz wird fortführen können. Handelsrechtlich ist er als Verfügungsberechtigter dazu in der Lage.

Mit einem Nachfolgezusatz verstösst er gegen die Anordnung des Erblassers, wenn dieser ausdrücklich bestimmt hat, der TV solle das Geschäft unter der bisherigen Firma ohne Nachfolgezusatz fortführen. Anders kann es bei Fehlen einer genauen Anordnung des Erblassers sein.

Bei einem Nachfolgezusatz bleibt die ursprüngliche Firma erhalten; sie wird lediglich erweitert. Setzt der TV seinen eigenen Namen als Zusatz hinzu, so wird für jeden ersichtlich, wer Inhaber des Unternehmens ist. Überlässt der TV nach Beendigung der TV das Geschäft dem Erben, fällt der Nachfolgezusatz fort und die ursprüngliche Firma bleibt erhalten. Aus diesen Gründen braucht ein Nachfolgezusatz nicht gegen den Grundsatz der ordnungsgemässen Verwaltung verstossen. Denn die Firma bleibt erhalten und geht auf den Erben so über, wie sie der Erblasser hinterlassen hat.

Die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Art des Nachfolgezusatzes können allerdings gelegentlich auch eine andere Beurteilung rechtfertigen.

B. Haftung des TV für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers.

Führt der TV das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fort, liegen bei ihm die Voraussetzungen vor, die die Haftung nach §§ 25, 27 HGB für die im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten zur Folge haben. Rechtsgrund für die Haftung nach diesen Bestimmungen ist "die gesetzliche Anerkennung jener Verkehrsauffassung, nach der bei Kontinuität der Firma, die einen Inhaberwechsel nach aüssen vielfach erkennen lässt, alle im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten schlechthin " gegen die Firma "sollen geltend gemacht werden können, auch wenn der Inhaber durch Geschäftsveräusserung oder Erbgang gewechselt hat" [1].

Ob die Haftung sich unmittelbar aus § 25 HGB oder über den Umweg des § 27 HGB ergibt und welche der in diesen Bestimmungen verschieden geregelten Möglichkeiten des Ausschlusses der Haftung dem TV eingeräumt sind, bleibt zu untersuchen. Dabei braucht "die Lösung nicht am Wortlaut des nicht sehr glücklich gefassten Gesetzes haften" [2]. Vielmehr ist auf die Interessenlage aller Beteiligten Bezug zu nehmen und der vom Gesetzgeber mit seiner Vorschrift verfolgte Zweck zu berücksichtigen.

In Rechtssprechung und Rechtslehre wird diese Frage unterschiedlich beantwortet.

Nach einer Entscheidung des KG [3] muss dem TV zugestanden werden, die persönliche Haftung für noch vom Erblasser herrührende Schulden auszuschliessen. Es liege kein Grund vor, einen TV hinsichtlich der Schuldenhaftung schlechter zu stellen als

---

1) Würdinger, § 27 A. 10
2) Hueck in ZHR 108, 2
3) JW 39, 104 = JFG 18, 276

denjenigen, der das Geschäft unter Lebenden erworben hat und es nicht nur im eigenen Namen sondern auch für eigene Rechnung betreibt.

Mit Donner [4] ist diese Formulierung wohl so zu verstehen, dass der TV seine Haftung nach § 25 HGB beschränken kann. Nach Würdinger [5] und Schlegelberger-Hildebrandt [6] findet ebenfalls für den TV § 25 HGB Anwendung.

Nach Kipp-Coing [7], Staudinger-Dittmann [8] und Haegele [9] bestimmt sich die Haftung des TV nach §§ 25, 27 HGB.

Hueck (a.a.O. S. 28) ist der Auffassung, der TV hafte für die bestehenden Verbindlichkeiten in entsprechender Anwendung des § 27 HGB. Der TV sei zwar nicht Erbe, er befinde sich aber bei Fortführung des Geschäfts in einer ähnlichen Lage wie der Erbe. Damit habe der TV einmal die Möglichkeit, nach § 27, IIHGB durch Einstellung des Geschäfts die Haftung für die früher entstandenen Verbindlichkeiten auszuschliessen. Da die Verweisung in § 27 I HGB sich aber auch auf § 25 II HGB beziehe (S. 5 ff.), habe der TV ausserdem die Möglichkeit, nach § 25 II HGB die Haftung auszuschliessen.

Um bei den widersprechenden Rechtsauffassungen zu richtigen, mit dem Gesetz und den Interessen der Beteiligten vetretbaren Ergebnissen zu kommen, muss von den verschiedenen Möglichkeiten der Übernahme des Geschäfts durch den TV ausgegangen werden. Dabei ist in erster Linie zu berücksichtigen, wann der TV das Geschäft übernommen hat.

---

4) DNotZ 1944, 143
5) § 27, A. 26
6) § 27, A. 4
7) § 68, III
8) vor § 2197 A. 64
9) S. 34

I. Übernahme des Geschäfts nach vorheriger Fortführung durch den Erben.

Nur selten wird unmittelbar nach dem Tode des Erblassers der TV das Geschäft, sei es als Bevollmächtigter oder als Treuhänder, übernehmen. Die Gründe können verschieden sein. Den Beteiligten ist die Anordnung der TV durch den Erblasser noch nicht sofort bekannt. Erst nach einer gewissen Überlegungszeit entscheidet sich der TV, ob er das Amt in der Form der treuhänderischen Inhaberschaft mit persönlicher Haftung übernehmen will.

Bis zur Übernahme durch den TV besteht das Unternehmen fort. Täglich müssen neue Verbindlichkeiten eingegangen werden, um den Bestand des Handelsgeschäfts zu gewährleisten. Für diese Verbindlichkeiten muss es einen persönlich haftenden Schuldner geben.

Inhaber während dieser Übergangszeit ist der Erbe. Solange der TV sein Amt noch nicht angetreten und den Nachlass in Besitz genommen hat, d.h. als Inhaber tätig geworden ist, ist der Erbe Besitzer des Handelsgeschäfts (§ 857 BGB) und als solcher übt er die tatsächliche Herrschaftsgewalt aus. Er hat die Möglichkeit, die vom Erblasser begründeten Geschäftsbeziehungen auszunützen.

Der Entzug der Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände, also auch über Geschäftsgegenstände, nach § 2211 BGB, der bereits mit dem Erbfall zur Wirkung gelangt [10], stellt kein rechtliches Hindernis für das Tätigwerden des Erben als Inhaber dar.

---

10) KG DNotZ 1929, 119; KGJ 40 A. 196; OLG Posen ZBlFG 10, 51; Planck-Flad, § 2211 A. 3; Staudinger-Dittmann § 2211 A. 6, Kipp-Coing § 127 I

Unabhängig von der fehlenden Verfügungsbefugnis kann der Erbe als (vorläufiger) Inhaber Verträge abschliessen.
Als Vertragspartner wird der Erbe Gläubiger der Forderung und Schuldner der Verbindlichkeit. In seiner Eigenschaft als Inhaber ist der Erbe in das Handelsregister einzutragen.

Überlässt der Erbe nach einiger Zeit das Handelsgeschäft dem TV und führt dieser es als Treuhänder fort, vollzieht sich der Erwerb unter Lebenden. Bisheriger, noch lebender Inhaber ist der Erbe, neuer Inhaber ist der TV. Gleichgültig ist der Rechtsgrund, in diesem Fall das Testament, auf dem der Erwerb beruht [12].

Bei dieser Übernahme ist § 25 HGB anwendbar.

Der von Hueck (a.a.O.) vertretenen Auffassung der entsprechenden Anwendbarkeit des § 27 HGB auf den übernehmenden TV kann für diesen Fall nicht zugestimmt werden.

Mit dem Gesetz, aber auch mit den Interessen der Gläubiger ist es nicht vereinbar, dem TV die Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch Einstellung des Geschäfts nach § 27 II HGB zu gewähren. Bei einer Geschäftsübertragung unter Lebenden können die Gläubiger davon ausgehen, dass der neue Inhaber nicht die Möglichkeit hat, durch Einstellung innerhalb von 3 Monaten die Haftung auszuschliessen. Es ist mit den Erfordernissen des Wirtschaftslebens nicht vereinbar, bei einem Erwerb unter Lebenden, dessen Rechtsgrund den Gläubigern vielfach unbekannt ist, den Haftungsausschluss innerhalb der Dreimonatsfrist nur deshalb dem TV zuzubilligen, weil er wegen der TV das Geschäft von dem früheren Inhaber - dem Erben - übertragen bekommen hat. Hinzu kommt, dass nach dem Erbfall der Erbe die Möglichkeit hat, das Geschäft innerhalb von 3 Monaten einzustellen (§ 27 II HGB). Überträgt der Erbe das Geschäft auf den TV und wird auch diesem eine Einstellungsmöglichkeit zugebilligt, könn-

---

12) Würdinger, § 25 A. 5

te praktisch bis zum Ablauf von 6 Monaten die Haftung nach § 27 II HGB ausgeschlossen werden. Auch dies ist weder mit dem Gesetz noch mit den Interessen der Allgemeinheit vereinbar.

Aber auch das Interesse des TV und des Erben macht die Gewährung der Vergünstigung des § 27 II HGB für den TV nicht erforderlich, wie noch zu zeigen ist.

1. Bestehende Verbindlichkeiten.

Nach dem zur Anwendung kommenden § 25 HGB haftet der TV als Inhaber bei Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Früherer Inhaber ist der Erbe. Seine Verbindlichkeiten sind zunächst die von ihm selbst als Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten. Es können aber auch die vom Erblasser herrührenden Geschäftsverbindlichkeiten dazukommen, wenn sie Verbindlichkeiten des Erben geworden sind.

a) Übernahme innerhalb von drei Monaten.

Nach §§ 27, 25 HGB haftet der Erbe bei Fortführung des Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers. Diese Haftung tritt nicht ein, wenn der Erbe das Geschäft innerhalb von 3 Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, einstellt (§ 27 II HGB). Solange diese Frist noch nicht abgelaufen ist, kann der Erbe das Geschäft einstweilen fortführen [13]. Während dieses Schwebezustandes [14] macht sich der Erbe für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers nach Abs. I nicht unbeschränkt haftbar. Die Verbindlich-

---

13) Würdinger, § 27 Anm. 8
14) Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 Anm. 12

keiten, die er aber während dieser Zeit eingeht, machen ihn, wenn er mit den Gläubigern nichts anderes vereinbart hat, persönlich mit seinem ganzen Vermögen haftbar [13) 15)]. Das ergibt sich aus der Regelung der §§ 25, 27 HGB, also unmittelbar aus handelsrechtlichen Grundsätzen. (KG a.a.O.)

Auch die einstweilige Fortführung des Geschäfts hat der Erbe zum Handelsregister anzumelden [16)]. Denn die Geschäftsgläubiger und Schuldner müssen erfahren, wer zur Zeit Inhaber des Unternehmens ist. Das Gesetz verlangt nicht, bei der Anmeldung müsse zum Ausdruck gebracht werden, die Fortführung geschehe nur einstweilig. Die Anmeldung zum Handelsregister ist gesetzliche Pflicht; ihre Erfüllung kann für sich allein nicht dahin gedeutet werden, dass der Erbe auf die ihm durch § 27 II HGB gewährte Vergünstigung verzichtet [16)].

Mit der Einstellungsmöglichkeit nach § 27 II HGB trägt das Gesetz den berechtigten Interessen des Erben Rechnung. Der Erbe muss eine gewisse Zeit der Überlegung haben.
Andererseits ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses für die Gläubiger des Handelsgeschäfts nur tragbar, wenn "das Handelsgeschäft tatsächlich durch die Einstellung aufhört zu bestehen und wenn nach einer verhältnismässig kurzen Zeitspanne ein klarer, eindeutiger Rechtszustand geschaffen wird" [17)]. Bei Fortbestand der Firma sollen alle im Betrieb begründeten Verbindlichkeiten schlechthin "gegen die Firma" geltend gemacht werden können [18)], auch wenn der Inhaber gewechselt hat. Deshalb bedeutet Einstellung im Sinne des § 27 II HGB völlige Aufgabe des Geschäftsbetriebes [18) 19)]. Der Blickpunkt ist dabei auf das Geschäft, nicht auf den Erben gerichtet.

---

15) RG 90, 93; OLG Hamburg in Seuff. Arch. 65, 257; KG JW 1937, 2599; a.M. OLG Dresden Sächs. OLG 28, 403

16) Würdinger, § 27 A. 9

17) Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 A. 8

18) Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 A. 8, Hueck ZHR 108, 16

19) Würdinger, § 27 A. 10; Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 A. 9 Hueck a.a.O. S. 20; Staub-Bondi, § 27 A. 24
a.A. Dür. Hach. § 27 A. 11

Die Voraussetzungen für den Haftungsausschuss nach § 27 II HGB liegen daher nicht vor, wenn der Erbe das Geschäft, nachdem er es zunächst mit der Firma weitergeführt hat, an einen Dritten veräussert oder verpachtet [19]. Weder Veräusserung noch Verpachtung sind gleichbedeutend mit einer Einstellung, sie stellen im Gegenteil eine Verwertung des Unternehmens unter Fortbestand desselben dar (RG 56,199). In diesem Fall - bei Veräusserung oder Verpachtung - bleibt die handelsrechtliche Erbenhaftung nach §§ 27, 25 HGB bestehen.

Auch bei der Überlassung des Geschäfts durch den Erben an den TV als Treuhänder bleibt das Unternehmen fortbestehen, so dass auch hier wegen der Kontinuität der Firma nach den oben entwikkelten Grundsätzen der Erbe mit der Überlassung nicht das Unternehmen einstellt, so dass er für die Verbindlichkeiten des Erblassers haften müsste.

Noch unterscheidet sich die Geschäftsübertragung auf den TV wesentlich von der Veräusserung oder Verpachtung. Bei den letzteren beruht die Übertragung auf der freien Willensentschliessung des Erben. Zur Übertragung auf den TV ist der Erbe aber durch die letztwillige Anordnung des Erblassers verpflichtet.

Bei Gleichbehandlung beider Fälle hätte der Erbe immer für die Verbindlichkeiten des Erblassers zu haften, wenn er seiner Verpflichtung gemäss das Geschäft auf den TV überträgt. Da auch eine vollständige Aufgabe des Geschäftsbetriebes an dem Entzug der Verfügungsmacht (§ 2211 BGB) scheitern würde, wäre dem Erben bei angeordneter TV die Möglichkeit genommen, sich nach § 27 II HGB von der Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers zu befreien.

Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, ist der Grundsatz zu durchbrechen, nach dem bei Verwertung des Unternehmens unter Fortbestand desselben eine Einstellung nicht vorliegt.

In der Übertragung des Handelsgeschäfts durch den Erben auf den TV ist somit eine Einstellung im Sinne des § 27, II HGB zu erblicken 20) .

Erfolgt diese Übertragung innerhalb der Dreimonatsfrist bezw. der nach § 27 II, 2 und 3 HGB entsprechend verlängerten Frist haftet der Erbe für die vom Erblasser begründeten Geschäftsverbindlichkeiten nur erbrechtlich.

Für den im Verhältnis Erbe - TV anzuwendenden § 25 HGB bedeutet dies, Verbindlichkeiten des Erben als früheren Inhabers sind lediglich die von ihm selbst während seiner Inhaberschaft begründeten Verbindlichkeiten. Es gehören nicht die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten dazu.

Nur für die persönlich begründeten Verbindlichkeiten des Erben haftet demnach der TV nach § 25 I HGB und zwar mit der Wirkung, dass die Haftung des TV neben die Haftung des Erben tritt 21).

Für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers haftet der Erbe nach allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen. Er hat also die Möglichkeit, seine Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten als Nachlassverbindlichkeiten zu beschränken mit der Folge, dass der Erbe nur noch mit dem Nachlass haftet. Zu diesem Nachlass gehört auch das beim Erbfall vorhandene Geschäftsvermögen.

Dieses Ergebnis ist unter Abwägung der gegenseitigen Interessen für den Gläubiger auch zumutbar.

Er kann nicht verhindern, dass der Erbe seine unbeschränkte handelsrechtliche Haftung, sei es durch Einstellung des Betriebes (§ 27 II HGB), sei es durch eine rechtswirksame Erklärung nach § 25 II HGB - hierüber im einzelnen siehe unter b - auch bei Beibehaltung der bisherigen Firma ausschliesst.

---

20) Würdinger, § 27 A. 11

21) Schlegelberger-Hildebrandt, § 25 A. 10; Würdinger, § 25 A.12

Wenn in Erweiterung des von der Rechtssprechung und Rechtslehre entwickelten Begriffs der Einstellung zum Schutze des Erben auch die Herausgabe des Geschäfts an den TV als Einstellung zu betrachten ist, sind die Rechtsfolgen dieser Einstellung identisch mit der vom Gesetz gebilligten Folgen einer Einstellung durch Aufgabe oder einer rechtswirksamen Haftungsausschlusserklärung.

Der Gläubiger hat grundsätzlich nur einen Anspruch auf Befriedigung aus dem vom Erblasser hinterlassenen Vermögen. Denn dieses Vermögen unterlag auch zu Lebzeiten des Erblassers seinem Zugriff.

b) Erbe hat Haftung nach § 25 II HGB ausgeschlossen.

Da der für den das Geschäft zunächst selbst fortführenden Erben § 27 HGB zur Anwendung kommt, müsste der Erbe die Haftung für die vom Erblasser herrührenden Schulden auch nach § 25 II HGB, d.h. durch eine entsprechende Bekanntmachung ausschliessen können. Denn § 27 I HGB nimmt auf § 25 HGB und damit auch auf Abs. II Bezug. Die Anwendbarkeit des § 25 II HGB im Rahmen des § 27 HGB ist aber umstritten.

Nach Schlegelberger-Hildebrandt [22] schreibt § 27 HGB die entsprechende Anwendung des § 25 HGB auf die Haftung des Erben vor. Damit sei, wie es sich aus der Gesetzeskonstruktion ergebe, nur auf die Vorschriften des § 25 I und III HGB verwiesen, denn nur sie träfen über die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten eine Bestimmung. Ausserdem verlange § 25 II HGB eine abweichende Vereinbarung, diese könne nicht aus dem blossen Erbfall abgeleitet werden. Ebenfalls wird die Anwendbarkeit des § 25 II HGB im Rahmen des § 27 HGB von Müller-Erzbach [23], Koenige-Teichmann-Koehler [24], Goldmann [25] und Baumbach-Duden [26] abgelehnt.

---

22) § 27, A. 14
23) § Kap. 19, A. II, 2
24) § 27 Nr. 3
25) § 27 A. II. 2c
26) § 27 A I D

Nach einer anderen Auffassung[27] kann der Erbe die unbeschränkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten bei gleichzeitiger Fortführung der Firma nur dann ablehnen, wenn ihn der Erblasser durch Testament oder Erbvertrag dazu ermächtigt hat. Denn in diesem Fall liege eine wirkliche Parallele zu der in § 25 II HGB verlangten abweichenden Vereinbarung vor.

Eine dritte Ansicht[28] räumt schliesslich dem Erben das Recht ein, durch einseitige Erklärung die Übernahme der Haftung abzulehnen. Da es keinen Veräusserungsvertrag zwischen Erblasser und Erbe gebe, müsse der Erbe allein entscheiden können. Es sei nicht einzusehen, warum der Erbe schlechter gestellt sein solle als ein anderer Übernehmer des Geschäfts, dass er unter der bisherigen Firma das Unternehmen nicht fortführen könne, ohne im vollen Umfang für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haften zu müssen.

Welcher dieser drei Auffassungen der Vorzug zu geben ist, bedarf an dieser Stelle noch keiner Entscheidung.

Räumt man dem Erben die Möglichkeit des Haftungsausschlusses nach § 25 II HGB ein, kann er durch eine entsprechende Erklärung seine handelsrechtliche d.h. unbeschränkte Haftung für die Geschäftsschulden des Erblassers ausschliessen.

Dass dem Erben durch die TV die Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände entzogen ist, schliesst eine wirksame Ausschlusserklärung nicht aus. Denn bei dieser Erklärung handelt es sich nicht um eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, also nicht um ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf dingliche Rechtsänderung gerichtet ist. Der Erbe ist nicht Inhaber eines geldwerten Rechts, über das er mit der Erklärung entweder durch Änderung der Rechtszuständigkeit noch des Rechtsinhalts verfügt. Die Erklärung stellt vielmehr die Ausübung eines Gestaltungsrechtes dar, dessen wirksame Ausübung die zusätzliche handelsrechtliche Haftung ausschliesst.

---

27) Heymann-Kötter, § 27 A. 1
28) Dür. Hach. § 27 A. 6; Hueck a.a.O. 7; Ritter § 27 A. 4 Würdinger, § 27 A. 5; Cosack, § 64; Stegemann, S. 113; Staudinger-Lehmann, vor § 1967 A. 19; KG JW 1937, 2599

Dieses Ergebnis wird durch die Prüfung der Interessenlage bestätigt. Der Erbe muss die Möglichkeit des Haftungausschlusses nach § 25 II HGB haben. Es ist möglich, dass der TV die Annahme des Amtes ablehnt und dass der Erbe dann nur durch Einstellung nach § 27 II HGB die handelsrechtliche Haftung ausschliessen kann oder aber nach Ablauf der Frist des § 27 II HGB überhaupt keine Möglichkeit des Haftungsausschlusses gehabt hat.

Hat der Erbe rechtswirksam eine entsprechende Erklärung abgegeben, haftet er für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsschulden nur nach Erbrecht.

Bei Übernahme des Geschäfts durch den TV sind die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers diejenigen, die der Erbe während seiner Inhaberschaft selbst eingegangen ist. Für diese Verbindlichkeiten haftet der TV nach § 25 I HGB.

c) Erbe hat neue Firma geschaffen.

In diesem Fall haftet der Erbe nach §§ 27, 25 HGB für die Verbindlichkeiten des Erblassers nicht. Denn er führt das Geschäft nicht unter bisheriger Firma fort. Macht der Erbe die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise nicht bekannt (§ 25 III HGB), haftet der Erbe für die früheren Verbindlichkeiten nur erbrechtlich.
Auch in diesem Fall haftet der TV nach der Übernahme des Geschäfts nach § 25 HGB nur für die Verbindlichkeiten, die der Erbe selbst während der Übergangszeit eingegangen ist.

d) In den übrigen Fällen.

In den sonstigen Fällen der Fortführung durch den Erben, d.h. bei der Übergabe an den TV nach Ablauf der Frist des § 27 II HGB und bei fehlender Ausschlusserklärung nach § 25, II HGB, bezw. bei der Annahme der Auffassung, der Erbe könne eine solche Erklärung nicht wirksam abgeben, oder bei Fortführung unter einer neuen Firma mit ausdrücklicher Übernahmeerklärung nach § 25 III HGB haftet der Erbe für die Geschäftsverbindlichkeiten

des Erblassers aus handelsrechtlichen Gründen persönlich und unbeschränkt. Die Verbindlichkeiten des Erblassers sind damit Verbindlichkeiten des Erben.

Zusammen mit den von dem Erben während seiner Inhaberschaft eingegangenen Verbindlichkeiten gehen sie bei Übernahme des Geschäfts durch den TV nach § 25 I HGB auf diesen über.

2. Haftungsausschluss.

Es ist den bei der Geschäftsübernahme Beteiligten möglich, in den Grenzen der Vertragsfreiheit den Übergang der Geschäftsschulden und -forderungen abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu regeln.[29] Inwieweit eine derartige Regelung auch aussenstehenden Dritten gegenüber wirksam ist, bestimmt sich nach § 25 II HGB.

Die bei der Geschäftsübernahme Beteiligten sind der bisherige Inhaber und der Geschäftserwerber, in unserem Fall der Erbe und der TV. Diese beiden müssen eine Vereinbarung treffen, ob und welche Verbindlichkeiten auf den TV übergehen. Eine Vereinbarung muss aber wirklich getroffen sein[30]; ohne solche ist eine z.B. vom Erwerber ausgehende Mitteilung, dass er die Passiva gar nicht oder zum Teil nicht übernehme, bedeutungslos[31]. Spätestens bei Geschäftsübergang muss die Vereinbarung vorliegen 29) 32).

Der TV wird meistens nicht gewillt sein, die persönliche Haftung für die vor seiner Inhaberschaft entstandenen Verbindlichkeiten einzugehen. Denkbar ist ebenfalls, dass der Erbe, der das Geschäft an den TV übergeben muss, mit der TV nicht einverstanden ist und deshalb sich weigert, mit dem TV eine Vereinbarung nach § 25 II HGB zu treffen, um somit zu erreichen, dass der TV die Annahme des Amtes ablehnt. Auf diese Weise könnte der Wille des Erblassers durch den Erben umgangen werden.

Es gilt daher einen Weg zu finden, nach dem der Erbe verpflichtet ist, mit dem TV eine Vereinbarung nach § 25 II HGB zu treffen, ohne dass dabei die Interessen der Beteiligten unzumutbar beeinträchtigt werden.

---

29) Schlegelberger-Hildebrandt, § 25 A. 17
30) Würdinger, § 25 A. 21
31) RG im Recht 1908 Nr. 3890
32) Hueck, in ZHR 108, 5

a) Haftungsausschluss in den Fällen a) - c)

In diesen Fällen sind die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers identisch mit den von dem Erben während seiner Inhaberschaft eingegangenen Verbindlichkeiten. Ausgehend von der Interessenlage der Beteiligten, kann man feststellen, dass es bei Anordnung der TV nicht im Willen des Erblassers lag, die Übernahme des Geschäfts durch den TV diesem dadurch zu erschweren, dass er ohne Gegenleistung nur in Ausführung des letzten Willens die persönliche Haftung für die vom Erben eingegangenen Verbindlichkeiten übernehmen soll. Durch das Eingehen hoher Verbindlichkeiten könnte der Erbe entgegen dem letzten Willen des Erblassers die Übernahme des Geschäfts durch den TV verhindern.

Um dies zu vermeiden, könnte der Erblasser in seinem Testament anordnen, der Erbe sei zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 25 II HGB mit dem TV über die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichtet. Aber auch ohne eine solche ausdrückliche Anordnung wird man nach dem Willen des Erblassers im Wege der Auslegung dahin gelangen, bei Anordnung der TV eine Verpflichtung des Erben zum Ausschluss der Haftung nach § 25 II HGB für die von ihm begründeten Verbindlichkeiten zu bejahen.

Verpflichtungsgrund wäre eine Auflage. Durch diese Auflage würde der Erbe auch nicht unverhältnismässig belastet. Denn auch bei einer Haftungsübernahme durch den TV bliebe der Erbe persönlich haftender Schuldner. Die Haftung des TV tritt im Wege des Schuldbeitritts nur hinzu. Das Geschäftsvermögen, das mit Übernahme durch den TV aus dem Besitz des Erben gelangt, kann der Erbe nicht zu Befriedigung seiner Gläubiger verwenden, da er nicht verfügungsbefugt ist.

Der Anspruch des TV richtet sich darauf, das Geschäft, so wie es der Erblasser hinterlassen hat, übertragen zu bekommen. Dies hat zur Folge, dass die von dem Erben während seiner Inhaberschaft begründeten Geschäftsforderungen dem TV nicht zustehen. Diese Forderungen sind aus Verträgen des Erben hervorgegangen. Sie sind zwar auch Geschäftsforderungen, aber keine der Verwaltung des TV unterliegenden Nachlassgegenstände.

Im Falle des § 25 I HGB gelten diese Forderungen bei Fortführung des Geschäfts durch den TV dem Schuldner gegenüber als auf den TV übergegangen. Da der TV auf die Übertragung dieser Forderungen keinen Anspruch hat, kann der Erbe von ihm verlangen, dass durch eine Vereinbarung nach § 25 II HGB diese von dem Erben begründeten Forderungen nicht auf den TV übergehen. Aus diesem Grunde kann der TV von dem Erben in Erfüllung der Auflage des Testaments die Vereinbarung über den Ausschluss der Haftung der vom Erben herrührenden Verbindlichkeiten nur dann verlangen, wenn er seinerseits zum Abschluss einer Vereinbarung mit dem Erben bereit ist, dass die von dem Erben erworbenen Forderungen nicht auf ihn übergehen.

Unter dieser Voraussetzung kann der TV von dem Erben die Erfüllung der Auflage, d.h. Ausschlussvereinbarung nach § 25 II HGB nach § 2194 BGB verlangen. Der TV ist in dieser Bestimmung zwar nicht genannt, seine Berechtigung ergibt sich aber aus §§ 2203, 2208 II BGB [33].

Die Vereinbarung nach § 25 II HGB hätte etwa wie folgt zu lauten:

> X (der Erbe) und Y (der TV) sind sich darüber einig, dass 1. Y für die Verbindlichkeiten des X nicht haftet und 2. dass die in der Zeit vom ..... (Erbfall) bis .... (Übernahme durch TV) begründeten Forderungen nicht auf Y übergehen.

---

33) Staudinger-Seybold, § 2194, A. 4; Planck-Flad, § 2194 A.2b; RGR-Komm. § 2194 A. 1; BGH 12,103

Die Vereinbarung nach § 25 II HGB kann wirksam auch nur für einen Teil der Forderung getroffen werden [34]. Erforderlich ist nur, dass für die Schuldner klar erkenntlich wird, welcher Teil der Forderungen nicht übergehen soll. Dieses Erfordernis ist u.a. dann erfüllt, wenn die nicht übergehenden Forderungen durch einen bestimmten Zeitraum, in dem sie entstanden sind, festgesetzt werden.

Wird diese Vereinbarung nach § 25 II HGB bekanntgemacht, haftet der TV nicht für die vom Erben eingegangenen Verbindlichkeiten, während die vom Erben begründeten Geschäftsforderungen den Schuldnern gegenüber nicht auf den TV übergegangen sind.

b) Haftungsausschluss im Falle d)

Für die übrigen Fälle kann der oben entwickelte Grundsatz - Verpflichtung des Erben zum Abschluss einer Vereinbarung nach § 25 II HGB durch eine Auflage - nicht ohne nähere Prüfung angewendet werden. Denn in diesen Fällen haftet der Erbe unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers. Um dem letzten Willen des Erblassers gerecht zu werden, könnte auch in diesen Fällen eine Auflage in das Testament hineininterpretiert werden, damit der TV nicht durch die auf ihn zukommende persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten des Erben - zu denen auch die vom Erblasser herrührenden gehören - die treuhänderische Übernahme des Unternehmens ablehnt. Bejaht man das Bestehen einer solchen Auflage, so kommt man zu dem Ergebnis, dass der Erbe nicht nur für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten, sondern auch für diejenigen des Erblassers haftet, gleichzeitig aber das Geschäftsvermögen nicht nur nicht zur Schuldendeckung verwenden kann, sondern darüber hinaus das Geschäft auf den TV zu übertragen hat, wodurch ihm die Möglichkeit genommen wird, mit dem Betrieb des Unternehmens sich die Mittel zu verschaffen, die erforderlich sind, um die Verbindlichkeiten zu begleichen.

---

34) Würdinger, § 25 A. 21

Fraglich ist, ob unter diesen Umständen der TV überhaupt noch die Herausgabe des Handelsgeschäfts verlangen kann oder ob nicht vielmehr der TV das Geschäft dem Erben wird freigeben müssen bzw. der TV die Annahme des Amtes ablehnen muss, damit der Erbe die von ihm übernommenen Verpflichtungen erfüllen kann.

Es wird nicht im Willen des Erblassers gelegen haben, dass in jedem Fall und unabhängig von den damit für den Erben entstehenden Belastungen die TV durchgeführt wird. So wäre er sicherlich nicht damit einverstanden gewesen, dass auch immer dann, wenn der Erbe die Haftung für die von ihm stammenden Verbindlichkeiten übernommen hat, der TV das Geschäft weiterführt. Aus diesen Gründen wird man bei erfolgter Haftungsübernahme durch den Erben in besonderen Härtefällen den mutmasslichen Willen des Erblassers dahin ausdeuten müssen, dass der TV das Handelsgeschäft nicht verwalten soll, vielmehr es dem Erben freizugeben hat. Das Übergabeverlangen des TV würde in einem solchen Fall im Widerspruch zu einer (nicht ausdrücklichen) Anordnung stehen. Dies wäre ein Verstoss gegen die Verpflichtung des TV nach § 2216 II BGB, der eine Entlassung des TV rechtfertigen würde. (§ 2227 BGB).

Wann nun ein solcher Härtefall für den Erben gegeben ist, kann nicht allgemeingültig entschieden werden. Es sind vielmehr die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Einige Anhaltspunkte seien erwähnt.
Hat der Erbe z.B. in Unkenntnis der TV die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers endgültig und unbeschränkbar übernommen, wird es dem Erben im Regelfall nicht zuzumuten sein, das Geschäft an den TV herauszugeben, womit auch der Grund für den Abschluss einer Vereinbarung nach § 25 II HGB entfiele. Ein solcher Fall ist dann gegeben, wenn der Erbe das Geschäft unter neuer Firma und mit einer Erklärung nach § 25 III HGB fortgeführt hat oder der Erbe ohne eine Erklärung nach § 25 II HGB abzugeben

das Geschäft länger als drei Monate weitergeführt hat und sich nach Ablauf dieser Frist eine letztwillige Anordnung des Erblassers findet, in der TV für das Handelsgeschäft oder für den gesamten Nachlass angeordnet ist.

Aber auch in diesen Fällen kann eine Herausgabe des Geschäftes für den Erben zumutbar sein, wenn die vom Erblasser herrührenden Schulden nur eine geringe Höhe haben."

Die obigen Beispiele zeigen schon, dass nur in den seltensten Fällen in Unkenntnis der TV der Erbe die Haftung für die früheren Verbindlichkeiten übernimmt.

Ist der Erbe in Kenntnis der angeordneten TV die Haftung für die Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers eingegangen, kann der TV die Herausgabe des Unternehmens verlangen. Denn jetzt musste der Erbe damit rechnen, dass er das Geschäft dem letzten Willen des Erblassers entsprechend auf den TV übertragen muss, ihm also die Möglichkeit genommen wird, mit dem Handelsgeschäft die übernommenen Schulden abzutragen. Das Risiko der Haftungsübernahme hat in diesem Fall der Erbe persönlich zu tragen.

Im letzteren Falle gilt in Ermangelung einer ausdrücklichen testamentarischen Anordnung das oben unter S. 29 ff. Gesagte. Auch hier kann dem TV nicht durch den Erben das Hindernis der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten des Erben entgegengesetzt werden, wenn man nicht zu einem dem Willen des Erblassers entgegengesetzten Ergebnis kommen will. Dies bedeutet, dass wiederum in der blossen Anordnung der TV die Auflage enthalten ist, nach der der TV von dem Erben verlangen kann, dass dieser darin einwilligt, die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erben auszuschliessen. Diese Auflage bezieht sich auf alle Verbindlichkeiten des Erben - also auch auf die vom Erblasser übernommenen -. Denn schon die persönliche Haftung des TV für irgendwelche früheren Verbindlichkeiten mindert die Aussicht auf

Ausführung des letzten Willens des Erblassers.

Gleichzeitig hat der TV keinen Anspruch auf die Übertragung der Forderungen, die der Erbe während seiner Inhaberschaft begründet hat (S. 30).

Der Erbe kann damit solange die Erfüllung der Auflage auf Abschluss einer Vereinbarung nach § 25 II HGB verweigern, bis der TV sich damit einverstanden erklärt hat, dass die zwischen dem Erbfall und der Übernahme durch den TV entstandenen Forderungen nicht auf den TV übergehen.

Da es nur selten vorkommen wird, dass der Erbe bei angeordneter und ihm bekannter TV die Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers eingeht, ist die praktische Bedeutung nicht allzu gross. Üblicherweise wird es so sein, dass der Erbe vor Ablauf von 3 Monaten das Geschäft auf den TV überträgt und somit die Haftung nach § 27 II HGB ausschliesst.

Ergebnis:

Hat der Erbe das Handelsgeschäft nach dem Tode des Erblassers selbst fortgeführt, ist bei der Übergabe des Geschäfts der Erbe durch Auflage grundsätzlich verpflichtet, mit dem TV eine Vereinbarung über den Haftungsausschluss nach § 25 II HGB zu treffen, wenn der TV seinerseits damit einverstanden ist, dass die zwischen dem Erbfall und der Übernahme durch den TV entstandenen Forderungen nicht auf ihn - den TV - übergehen, sondern bei dem Erben verbleiben. Hat der Erbe in Unkenntnis der TV die Haftung für die umfangreichen Verbindlichkeiten des Erblassers übernommen, ist er nicht verpflichtet, das Unternehmen herauszugeben. Die Notwendigkeit des Abschlusses einer Vereinbarung nach § 25 II HGB entfällt. Das Übergabeverlangen des TV stellt in diesem Falle einen wichtigen Grund dar, der seine Entlassung durch das Nachlassgericht rechtfertigt (§ 2227 BGB).

II. Übernahme des Geschäfts unmittelbar nach Erbfall.

Neben dem im obigen Abschnitt behandelten Fall, dass der TV das Handelsgeschäft von dem Erben übernimmt, nachdem es dieser eine Zeitlang selbst weitergeführt hat, ist es möglich, dass unmittelbar nach Erbfall der TV sein Amt annimmt und, was für die handelsrechtlichen Haftungsfolgen von Bedeutung ist, gleichzeitig das Handelsgeschäft übernimmt, indem er als persönlich haftender Inhaber die Leitung des Unternehmens in seine Hände nimmt.

Hat der Erblasser seinen Prokuristen oder einen anderen in führender Position in seinem Unternehmen tätigen Angestellten als TV eingesetzt, war diesem zukünftigen TV schon zu Lebzeiten des Erblassers die letztwillige Anordnung bekannt, und hat sich der TV auf sein Amt vorbereitet, wäre es durchaus vorstellbar, dass der TV unmittelbar nach Erbfall in dem Unternehmen nicht mehr als Prokurist o-ä. sondern als treuhänderischer Inhaber tätig wird. Durch dieses Tätigwerden nimmt der TV gleichzeitig seinem Recht nach § 2205 BGB entsprechend das Handelsgeschäft in Besitz (§ 854 BGB). Mit dem Erbfall war zwar unmittelbarer Besitzer zunächst der Erbe geworden (§ 857 BGB). An dieser Regelung ändert sich auch bei der TV nichts [35]. Solange der Erbe die Nachlassgegenstände tatsächlich noch nicht in seine Herrschaftsgewalt gebracht hat, kann der TV sie ohne weiteres d.h. ohne Mitwirkung des Erben in Besitz nehmen.

1.) Bestehende Verbindlichkeiten.

In diesem Fall liegt ein Inhaberwechsel in der Form vor, dass bis zum Erbfall der Erblasser Inhaber war und nach dem Erbfall der TV als Treuhänder es geworden ist. Führt der TV das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fort, haftet er für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers, d.h. für die vom Erblasser begründeten Geschäftsverbindlichkeiten.

---

35) Staudinger-Dittmann, § 2205 A. 19

Aber nach welcher Bestimmung tritt diese Haftung des TV ein? Kommt § 25 HGB oder § 27 HGB zur Anwendung?

a) Haftungsgrundlage § 27 HGB

Diese Bestimmung geht von der Fortführung eines zum Nachlass gehörenden Handelsgeschäfts durch den Erben aus. Durch diese Vorschrift soll der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, den Fall, dass das Handelsgeschäft von den Erben übernommen wird, bezüglich der Haftung des Übernehmers dem in § 25 HGB behandelten Fall, dass ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft weitergeführt wird, anzugleichen [36]. Nach Schlegelberger-Hildebrandt [36] beschränkt sich diese Bestimmung ausdrücklich auf den Fall, dass ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt wird und somit von der Anwendung des § 27 HGB alle die Fälle ausgeschlossen sind, in denen nicht der Erbe, d.h. die durch Gesetz, Testament oder Erbvertrag mit dem Tod des Erblassers dessen Gesamtrechtsnachfolger gewordene Person das Geschäft weiterführt. Für den TV könne daher § 27 HGB nicht zur Anwendung kommen. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist diese Auffassung vertretbar. Der TV ist nicht Erbe.

b) Haftungsgrundlage § 25 HGB

§ 25 HGB aber, der nach Schlegelberger-Hildebrandt [37] und nach Würdinger [38], zur Anwendung kommt, geht von einem Übergang unter Lebenden aus. Er betrifft die Fälle des Inhaberwechsels, in denen eine Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer vorliegt. Der bisherige Inhaber überträgt das Unternehmen einem neuen Inhaber, wobei der Rechtsgrund, auf dem der Erwerb beruht, gleichgültig ist. [39]

---

36) Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 A. 4
37) § 27 A. 26
38) § 25 A. 6
39) Würdinger, § 25 A. 5

Bei der Fortführung durch den TV aber ist der bisherige Inhaber der Erblasser gewesen, neuer Inhaber wird der TV. Das auf den Erben als Gesamtrechtsnachfolger übergegangene Handelsgeschäft wird, ohne dass der Erbe als Inhaber tätig geworden ist, von dem TV weitergeführt. Rechtsgrund ist die im Testament angeordnete TV, die erst mit dem Tode wirksam wird. Da die Übernahme durch den TV nicht abhängig ist von dem Willen des früheren Inhabers, diese Übernahme vielmehr erst nach dem Tod des Erblassers erfolgt, insofern also durch das Ableben des Erblassers bedingt ist, kann auch § 25 HGB nach dem Wortlaut und dem Sinn nicht unmittelbar angewendet werden. Der frühere Inhaber, der Erblasser, ist tot, aus diesem Grunde wird der TV Inhaber des Unternehmens. Ein Übergang unter Lebenden findet nicht statt.

c) Ergebnis

Damit ist weder § 25 HGB noch § 27 HGB für die Haftung des TV unmittelbar anwendbar. Da aber eine Lösung aus der Grundtendenz dieser beiden Vorschriften entwickelt werden muss, ist entweder die Voraussetzung "Erbe" (§ 27 HGB) oder die Voraussetzung "unter Lebenden" (§ 25 HGB) aufzugeben.

Um zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen, wird man in eine Prüfung des Gesetzeszweckes und der Interessenlage eintreten müssen.

Dabei ist, da die mit der Fortführung eintretende Haftung sowohl in § 27 HGB als auch in § 25 HGB gleich geregelt ist, in erster Linie davon auszugehen, dass in diesen Bestimmungen die Möglichkeiten des Haftungsausschlusses verschieden geregelt sind. Nach § 27 HGB kann die Haftung durch Einstellung innerhalb von 3 Monaten ausgeschlossen werden, während nach § 25 II HGB eine entsprechende

Vereinbarung verlangt wird. Inwieweit § 25 II HGB auch im Rahmen des § 27 HGB zur Anwendung kommt, interessiert im Augenblick noch nicht.

Mit der Frist des § 27 II HGB soll der schwierigen Situation des Erben Rechnung getragen werden, der durch Erbfall Inhaber eines Handelsgeschäftes geworden ist. Er benötigt eine gewisse Überlegungszeit, um die Ertragslage und die Schuldenhöhe feststellen zu können. Erst danach kann er entscheiden, ob er die persönliche Haftung für die vom Erblasser herrührenden Schulden übernehmen will.

Der TV, der das Geschäft unmittelbar nach Erbfall selbst fortführt, ist in einer ganz ähnlichen Lage wie der Erbe. Auch er soll sich sofort über die Fortführung des Geschäfts mit oder ohne Firma entscheiden, ohne dass er die wirtschaftliche Lage des Unternehmens kennen muss. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum dem TV nicht die Wohltat des § 27 II HGB in gleicher Weise wie einem Erben zustatten kommen sollte [40]. Allerdings besteht insofern ein Unterschied, als der Erbe nach § 27 II HGB lediglich die unbeschränkte handelsrechtliche Haftung in eine beschränkte Erbenhaftung umwandelt, während der TV ganz frei werden würde. Aber dies bedeutet für die Gläubiger keine Unbilligkeit, denn auch in diesem Fall bleibt die allgemeine erbrechtliche Haftung des Erben bestehen. Und dies ist das einzige, worauf die Gläubiger einen Anspruch haben. [40]

Da § 25 HGB nicht auf den Inhaberwechsel durch Erbfall abgestellt ist, ist § 27 HGB für den TV, der in einer ähnlichen Situation wie der Erbe ist, entsprechend anzuwenden, wenn er das Geschäft nach dem Erbfall sofort selbst weiterführt.

Damit haftet der ein Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fortführende TV für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, des Erblassers, nach §§ 27, I, 25, I HGB.

---

40) Hueck, ZHR 108, 29 f.

2.) Haftungsausschluss.

a) § 27 II HGB.

Aus dem Obengesagten ergibt sich, dass der TV die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des Erblassers dadurch ausschliessen kann, dass er das Geschäft innerhalb von 3 Monaten einstellt, d.h. den Geschäftsbetrieb völlig aufgibt [41].

Fraglich ist allerdings, ob der TV, der als Verwaltungsvollstrekker tätig sein soll, überhaupt das Recht hat, den Geschäftsbetrieb völlig einzustellen. Wegen seiner erbenähnlichen Stellung und seiner Verfügungsmacht wird man ihm dieses Recht nicht absprechen können. Er kann über Nachlassgegenstände verfügen und deshalb auch das Handelsgeschäft einstellen, selbst wenn dadurch die Substanz der Erbschaft verloren geht. Mit der Möglichkeit eines solchen Verlustes muss ein Erblasser bei der Anordnung der TV rechnen.

Allerdings wird eine Geschäftseinstellung durch den TV sehr selten mit dem Grundsatz ordnungsgemässer Verwaltung in Einklang zu bringen sein und somit fast immer die Schadenersatzpflicht des TV begründen. Ausnahmsweise könnte in der Einstellung eine ordnungsgemässe Massnahme erblickt werden, wenn der TV durch die Annahme des Amtes Inhaber eines überschuldeten Unternehmens geworden ist, diese Finanzlage dem TV ohne dessen Verschulden nicht bekannt geworden und keine Möglichkeit des Haftungsausschlusses mehr gegeben ist.

b) § 25 II HGB.

Wie oben (S. 23 f.) schon dargestellt wurde, besteht über die Anwendbarkeit des § 25 II HGB im Rahmen des § 27 HGB Streit.

Hueck [42] hat überzeugend dargelegt, dass das Gesetz seiner Anwendung des § 25 II HGB im Rahmen des § 27 HGB nicht im Wege steht, die Interessen der Beteiligten dieses Ergebnis sogar bestätigen. Die Gläubiger hätten zwar ein berechtigtes Interesse daran, dass der Erbe persönlich für die Verbindlichkeiten des Erblassers

41) Schlegelberger-Hildebrandt, § 27 A. 9
42) a.a.O. S. 10 ff

aftet. Dieses Interesse sei aber innerlich nicht gerechtfertigt. ie Gläubiger hätten nur einen Anspruch auf Befriedigung aus dem om Erblasser hinterlassenen Vermögen. Damit könne der Erbe uch durch eine Erklärung nach § 25 II HGB die Haftung aus- chliessen. Dieser Weg des Haftungsausschlusses sei für die Gläu- iger immer noch vorteilhafter als wenn der Erbe das Geschäft hne Firma fortführt. In diesem Fall ginge der Firmenwert ver- oren, ohne dass die Gläubiger irgendeinen Vorteil davon hätten.

ass die Möglichkeit des § 25 II HGB für den Erben von besonde- em Interesse ist, liege auf der Hand. Ihm würde ein weiterer Weg es Haftungsausschlusses eröffnet.

in berechtiges Interesse des Erblassers stehe diesem Ergebnis i ht entgegen. Auf Berichtigung seiner Schulden durch den Erben abe er nur ein Anrecht, wenn er ein entsprechendes Vermögen nterlasse.

. Interesse der Allgemeinheit liege es, wenn vorhandene Werte rhalten blieben. Mit § 25 II HGB könne der Erbe das Handelsge- chäft mit der Firma erhalten, ohne dass er für frühere Verbind- chkeiten unbeschränkt hafte. Das Radikalmittel des § 27 II HGB ätte dagegen die Zerstörung der vorhandenen Firma zur Folge.

amit lässt sich das Ergebnis rechtfertigen, dass § 27 HGB sich uch auf § 25 II HGB bezieht. Mit der entsprechenden Anwendung es § 27 HGB auf den TV hat dieser demnach die Möglichkeit, ach § 25 HGB seine persönliche Haftung auszuschliessen. Denn die nteressenlage bei dem Erben entspricht auch der bei dem TV. Das nternehmen soll erhalten bleiben. Dem Gläubiger verbleibt ein nspruch auf Befriedigung aus dem Nachlass. Der Erblasser kann rst recht von einem aussenstehenden Dritten - dem TV - nicht die efriedigung seiner Gläubiger verlangen. In diesem Fall fehlt jeder rund, den TV anders als den Erben zu behandeln.

elbst wenn man auf dem Standpunkt steht, § 25 II HGB treffe r den Erben nicht zu, kann nach einer Entscheidung des KG [43] er beizupflichten ist, § 25 II HGB in jedem Fall für den TV anewendet werden.

enn aus §§ 25, 27 HGB folge, dass mindestens der rechtsgeschäftche Erwerber eines Handelsgeschäfts bei Fortführung der bisheigen Firma seine dadurch begründete handelsrechtliche persönlihe Haftung für die bis zu dem Erwerbe entstandenen Geschäftshulden des früheren Inhabers ausschliessen könne. Es liege kein rund vor, einen TV, der kraft seines Amtes die eigene Führung es Geschäfts übernimmt, hinsichtlich der Schuldenhaftung schlechr zu stellen als denjenigen, der das Geschäft unter Lebenden erorben hat und es nicht nur im eigenen Namen sondern auch für eine Rechnung weiterbetreibt. Wenn das Gesetz dahin auszulegen ein sollte, dass dem Erben eine gleiche Vergünstigung nicht gehrt wird, so könnte das vom Standpunkt des Gesetzgebers aus einen Grund nur in der besonderen Rechtsstellung des Erben haben, r die Rechtspersönlichkeit des Erblassers im ganzen fortsetzt d für dessen Verbindlichkeiten schon ohnehin, wenn auch mit der öglichkeit der Beschränkung auf den Nachlass haftet. Diese bendere Rechtsstellung sei bei dem TV nicht gegeben.

t so auf die eine oder andere Weise die Anwendbarkeit des 25 II HGB für den TV zu bejahen, kann der TV wie der Erbe rch eine einseitige Erklärung die Haftung ausschliessen. Zwar tzt § 25 II HGB den Abschluss einer Vereinbarung voraus. Nach r überzeugenden Begründung von Hueck (S. 10) verlangt die sinnmässe Anwendung des § 25 II HGB überhaupt keine Mitwirkung s Erblassers sondern lediglich eine Bekanntmachung an die Gläger, die einseitig erfolgen kann.

es gilt auch für den TV, der sich in einer ähnlichen Lage wie der rbe befindet.

) JFG 18, 276 = JW 1939, 104

Man wird aber § 25 II HGB für den TV nur dann entsprechend anwenden können, wenn sich aus dem Testament kein gegenteiliger Wille des Erblassers ergibt. Dies ist aber in der Regel nicht der Fall.

Wenn der Erblasser einen TV zum treuhänderischen, selbstschuldnerischen Inhaber bestimmt, will er nicht, dass dieser TV auch noch persönlich für seine alten Verbindlichkeiten hafte. Für sie haften die Erben. Durch eine zusätzliche Haftung des TV für diese Verbindlichkeiten würde u.U. sein Ziel, das Handelsgeschäft durch den TV verwalten zu lassen, an dessen Ablehnung scheitern.

Um die haftungsausschliessende Wirkung zu erreichen, muss die Erklärung des TV in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, d.h. durch Eintragung in das Handelsregister oder durch Mitteilung der Gläubiger bekanntgemacht werden. Der Zeitpunkt der Kundbarmachung ist so zu wählen, dass die Bekanntmachung der Eintragung oder der Eingang der Mitteilung mit der Übernahme des Unternehmens zusammenfallen, jedenfalls unverzüglich darauf folgen und keinesfalls später geschehen, als sich im Handelsverkehr die Anschauung gebildet haben kann, es sei

nichts von § 25 I HGB Abweichendes vereinbart worden [45].

Der TV hat demnach bald nach Übernahme seine Erklärung bekanntzumachen. Ob sie im Einzelfall rechtzeitig erfolgt ist, ist nach den Umständen zu entscheiden.

Ergebnis:

Übernimmt der TV unmittelbar nach Erbfall, d.h. ohne dass der Erbe als Inhaber tätig geworden ist, das Geschäft des Erblassers als treuhänderischer Inhaber, haftet der TV bei Beibehaltung der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz für die im Geschäft begründeten Verbindlichkeiten nach §§ 27, 25 HGB.

Er kann diese Haftung ausschliessen, indem er

a) das Geschäft innerhalb von 3 Monaten einstellt (§ 27 II HGB oder

b) bei Übernahme des Geschäfts erklärt, er hafte nicht für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers und diese Erklärung rechtzeitig und in der gesetzlich vorgeschriebenen Form bekanntmacht.

---

45) Würdinger, § 25 A. 24; RG 75, 140; KG DJZ 1906, 86.

III. Arbeitsverträge.

Als eine Unterfall der Haftung des TV für die Verbindlichkeiten des früheren Inhabers ist die Haftung für die Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen zu behandeln. Unter ihnen nehmen die Arbeitsverträge eine besondere Stellung ein.

Hinsichtlich der Haftung für den zur Zeit des Geschäftsübernahme schon verdienten Lohn bleibt es bei den oben entwickelten Grundsätzen. Bei diesem Lohn handelt es sich ebenfalls um im Geschäft des früheren Inhabers begründete Verbindlichkeiten. Es haftet also in erster Linie der frühere Inhaber als Vertragspartei bzw. dessen Erbe. Die Haftung des TV für diesen Lohn tritt bei Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma dann nicht ein, wenn er rechtswirksam die Haftung ausschliesst [46].

Eine andere Frage ist, inwieweit der TV als Inhaber des Unternehmens in den Arbeitsvertrag eintritt und somit die Rechtsstellung des Arbeitgebers erwirbt. Die Probleme sind identisch mit denen in dem Fall, dass der Arbeitgeber durch Übertragung des gesamten Betriebes wechselt.

Nach einer vielfach vertretenen Ansicht [47] gehen die Arbeitsverhältnisse notwendig auf den Erwerber über, dieser ist also zur Fortsetzung auch gegen seinen Willen gezwungen und kann lediglich durch Kündigung eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen, wofür dann aber die Beschränkung des KSchG zu gelten hat.

---

46) Hueck-Nipperdey, S. 469

47) Nikisch, S. 659 ff.; Molitor S. 40 ff.; sowie in Anm. zu AP 51, 110, 111 und 274; Dietz § 1 A. 51 und 69; sowie in Anm. zu AP 52, 50; LAG Mannheim AP 52, 228

Diese Ansicht steht zwar mit dem Grundgedanken des KSchG, das dem Arbeitnehmer im Rahmen des Bestandschutzes Schutz in Bezug auf seinen Arbeitsplatz gewähren will, in Übereinstimmung. Mit der h. M. [48] ist diese Ansicht aber abzulehnen. Denn gegen eine derartige Zwangsübertragung des Arbeitsverhältnisses sprächen nicht ganz unerhebliche Bedenken, da dadurch eine volkswirtschaftlich wünschenswerte Veräusserung eines Unternehmens erschwert werden könne. Solange der Gesetzgeber in diesem Fall noch keine Regelung getroffen habe, müsse es bei der bisherigen Auffassung bleiben, nach der das Arbeitsverhältnis nicht zwangsläufig auf den neuen Inhaber übergeht. Der Arbeitnehmer habe ausserdem seinen Lohnanspruch dem bisherigen Betriebsinhaber gegenüber behalten.

Aber auch nach der h. M. tritt der Erwerber im Zeitpunkt der Betriebsübernahme in die bestehenden Arbeitsverhältnisse ein, wenn sich die Beteiligten darüber einig sind. Das Einverständnis hierzu kann auch stillschweigend erklärt werden.

Zu diesem Ergebnis gelangt Hueck [49], indem er annimmt, dass der Arbeitgeber bei einer Übertragung des ganzen Betriebes entgegen der Regel des § 613, S. 2 BGB berechtigt sei, den Anspruch auf die Arbeitsleistung auch ohne Zustimmung des Arbeitnehmers an den Erwerber des Betriebes abzutreten. Von der Lohnzahlungspflicht würde er dadurch allerdings noch nicht befreit. Da es aber das Natürliche sei, dass derjenige, dem die Arbeit geleistet wird, auch Partei des Arbeitsverhältnisses und vor allem Lohnschuldner wird, vollziehe sich bei Hinzutreten der Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers ein vollständiger Wechsel in der Arbeitgeberstellung.

---

48) Hueck-Nipperdey I S. 467; Beitzke BB 50, 761; RGR - Komm. § 613 A. 2; BB 50, 679, Galperin BB 52, 324; Schnorr von Carolsfeld S. 299; BAG AP Nr. 1 zu § 613 BGB; LAG Bremen AP 51, 110; LAG München, AP 50, 10

49) Hueck-Nipperdey I, S. 465 f.

Setzt somit der TV mit Zustimmung der Beteiligten den Betrieb fort, ist ein Ein- oder Anstellungsakt nicht erforderlich, das Arbeitsverhältnis geht stillschweigend auf ihn über [50]. Nur ein Widerspruch des TV wird den Übergang des Arbeitsverhältnisses verhindern. Dieser Widerspruch muss jedoch in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise ausgesprochen werden. Der TV muss daher den Arbeitnehmern eindeutig zu verstehen geben, dass der das Vertragsverhältnis nicht fortsetzen will. Dies kann durch Auswahlhandlungen oder Aufforderung zur Meldung geschehen [50].

Ebenso setzt der Arbeitnehmer nicht zwangsläufig das Arbeitsverhältnis mit dem TV fort. Da er als Gläubiger des Lohnanspruchs seinen bisherigen Schuldner verliert, muss er der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zustimmen[51]. Diese Zustimmung kann auch stillschweigend erklärt werden, und zwar ist eine solche stillschweigende Zustimmung anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer bei Kenntnis des Geschäftsübergangs ohne Widerspruch und ohne zum nächst zulässigen Termin zu kündigen, die Arbeit im Betrieb fortsetzt.

Sind auf diese Weise der TV als Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Vertragspartner geworden, gelten naturgemäss die bisherigen Vertragsbedingungen. Der TV erwirbt sämtliche Rechte, übernimmt aber auch sämtliche Pflichten, insbesondere die Lohnzahlungspflicht. Es gehen ausserdem sowohl die aus dem fortgesetzten Arbeitsvertrag als auch die aus der betrieblichen Ordnung abgeleiteten Anwartschaften mit über, wie z.B. zurückgelehte Wartezeiten (Urlaub), Gratifikationsansprüche, aufgelaufene Urlaubsrechte usw. [51] [52].

---

50) Galperin, BB 1952, 323
51) Hueck-Nipperdey, S. 469 f.; Galperin a.a.O., 324
52) RAG JW 1938, 1182; Denecke, BB 1950, 875

C. Eintragung ins Handelsregister.

Führt der TV das Handelsgeschäft treuhänderisch fort, ist er als Inhaber des Unternehmens in das Handelsregister einzutragen. Dies ist die heute überwiegend vertretene Auffassung [1].

Lediglich nach Groschuff [2] kann der treuhänderische TV nicht eingetragen werden. Er sei nicht Kaufmann. Denn Kaufmann sei nicht schon der, der eine persönliche Haftung für Geschäftsschulden übernehme, sondern nur der, der ein Handelsgewerbe betreibe, d.h. das Risiko des Unternehmens, Gewinn und Verlust, trage. Dies sei bei dem TV nicht der Fall, weil er für fremde Rechnung tätig würde. Gewinn und Verlust träfen den Nachlass, also mittelbar den Erben.

Mit Mains [3] ist diese Auffassung abzulehnen. Bei der Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit des TV ist davon auszugehen, welchen Zweck die Eintragung erreichen soll. Dieser Zweck ist darin zu erblicken, die Person festzulegen, die verantwortlicher Anknüpfungspunkt für die nach aussen bestehenden Rechtsverhältnisse des Unternehmens ist, insbesondere also die, die für die Schulden haftet. Wer im Innenverhältnis das Risiko trägt, ist unerheblich.

Nach § 12 haben die Rechtsnachfolger eines Beteiligten die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden zu beweisen. Für den Erbfall kommt hierfür hauptsächlich, aber nicht aus-

---

1) Staudinger-Dittmann, § 2205 A. 6; Würdinger, § 27 A. 26; Palandt-Rechenmacher, § 2205 A. 1 b; Kipp-Coing, § 68 III, 2 b; Mains, DFG 1939, 191; RG 132, 142; OLG München, DFG 14, 432
2) JW 1938, 1361
3) DFG 1939, 191

hliesslich (RG JW 1910, 802) der Erbschein in Betracht.
i einem Erwerb unter Lebenden kann die Rechtsnachfolge
rch den notariell beurkundeten Kaufvertrag nachgewiesen
rden.

ei dem TV wird man das Testamentsvollstrecker-Zeugnis
s ausreichenden Nachweis dafür ansehen können, den TV
inem Antrag gemäss als Inhaber eintragen zu können. Ei-
: Mitwirkung des Erben in Form einer Einwilligung ist nicht
forderlich. Eine Gefährdung des Erben hat die Eintragung
es TV nicht zur Folge. Denn nur der TV wird persönlich
aftender Inhaber. Dass der TV als Inhaber seines, des Er-
en, Unternehmens sich eintragen lässt, hat der Erbe auf-
rund der angeordneten TV zu dulden.

emnach ist der TV als Inhaber des Unternehmens in das
andelsregister einzutragen. Seine Testamentsvollstrecker-
igenschaft ist dabei nicht zu erwähnen. Ein solcher Zusatz
ürde bei Dritten Ungewissheit darüber verursachen, wer der
nhaber sei. Als TV kann er Verbindlichkeiten nur für den
Nachlass eingehen, er kann die beschränkte Haftung des Erben
icht verhindern. Da aber ein Handelsgeschäft einen persön-
ich haftenden Inhaber haben muss, der aussenstehende Dritte
ber nicht zu erkennen vermag, dass der als TV bezeichnete
nhaber persönlich haftet, gehört um der Klarheit des Rechts-
verhältnisses willen der Zusatz "TV" nicht ins Handelsre-
gister. Der Rechtsgrund für die Inhaberschaft des TV ist zwar
n dem Testament zu erblicken. Diese, das Innenverhältnis
Erbe und TV betreffende Regelung ist für die Geschäftspartner
unerheblich. Ihr Interesse geht dahin, den persönlich haften-
den Inhaber ermitteln zu können. Und diesem Interesse ent-
sprechend ist der TV ohne Erwähnung seiner TV-Eigenschaft
einzutragen.

3. Kapitel

. Haftung für die vom TV eingegangenen Verbindlichkeiten.

I. Haftungsobjekt: Vermögen des TV.

Der TV als Treuhänder tritt beim Abschluss von Verträgen im eigenen Namen auf. Er bezeichnet sich nicht als Vollstrekker eines bestimmten Nachlasses. Diese Abwandlung in der Form des Handelns im eigenen Namen ist erforderlich, um dem Grundsatz des HGB gerecht zu werden, nach dem für die in einem Einzelhandelsgeschäft eingegangenen Verbindlichkeiten jemand persönlich und unbeschränkt haftet.

Denn durch das Auftreten im eigenen Namen wird der TV Vertragspartner und als solcher Schuldner der eingegangenen Verbindlichkeiten. Er haftet persönlich und unbeschränkt mit seinem Vermögen.

Grundsätzlich ist nur dieses Vermögen dem Zugriff des Gläubigers ausgesetzt, der Anspruch des Gläubigers auf die Vollstreckung und die Vollstreckungsgewalt des Staates beschränkt sich auf das Vermögen des im Titel bezeichneten Schuldners [1].

II. Haftungsobjekt: Nachlass

Ob neben dem Vermögen des TV für die von ihm im eigenen Namen eingegangenen Verbindlichkeiten auch der gesamte Nachlass oder nur einzelne Nachlassgegenstände, wie z.B. das Geschäftsvermögen haftet, dazu hat die Rechtsprechung und die Rechtslehre nur in wenigen Fällen und ohne Begründung Stellung genommen.

Nach der Entscheidung des KG vom 3. Nov. 1938 [2] haftet das Geschäftsvermögen für die von dem TV als Inhaber begründe-

---

1) Stein-Jonas, § 771 I, 1 a
2) JFG, 18, 274 = JW 39, 104

ten Verbindlichkeiten. Es haftet ausnahmsweise nur dann nicht, wenn der TV die ihm gezogenen Grenzen überschritten hat. Im Anschluss an diese Entscheidung kommt Staudinger-Dittmann zu demselben Ergebnis [3]. Vogels vertritt in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des KG [4] die Auffassung, für die neuen Verbindlichkeiten hafte der TV nicht nur mit seinem eigenen Vermögen, sondern auch mit dem Geschäftsvermögen.

Die Haftung des Nachlasses für die Verbindlichkeiten des TV hängt davon ab, ob der Erbe bei einer von dem Gläubiger eingeleiteten Zwangsvollstreckung die Möglichkeit hat, im Wege der Drittwiderspruchs- oder Vollstreckungsabwehrklage die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklären zu lassen. Steht dem Erbe ein die Veräusserung hinderndes Recht zu, haftet der Nachlass nicht. Nach § 771 ZPO muss das Recht des Erben geeignet sein, eine Veräusserung des Gegenstandes durch den Schuldner und zum Zwecke der Befriedigung seiner Gläubiger zu hindern. Vermöge dieses Rechtes muss der Gegenstand aus dem freien, der Verfügung des Schuldners und dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegenden Vermögen ausgeschieden sein. [5]

Der Erbe könnte ein aus seinem Eigentum am Nachlass resultierendes, die Veräusserung hinderndes Recht haben.

Der Umstand, dass der TV kraft seines Amtes als Verwalter fremden Vermögens zur Verfügung über Nachlassgegenstände berechtigt ist, schliesst nach h.M. die Intervention nicht aus, [6]. Durch die Entscheidung des RG vom 5. Juli 1898 [7], auf die die herrschende Meinung sich stützt, war die Zwangsvollstreckung der Gläubiger eines Ehemanns in das Vermögen der Ehefrau, das zu verwalten und zu veräussern der Ehemann berechtigt war, für

---

3) § 2205 A. 58
4) Deutsche Justiz 1939, 1008
5) Stein-Jonas, § 771 II, 1
6) Stein-Jonas, § 771 II, 1; Wieczorek, § 771 B IV; Baumbach-Lauterbach, § 771 A. 1a
7) Seuff. Arch. 54, 52

unzulässig erklärt worden. Es sei mit dem höchst persönlichen Verwaltungs- und Veräusserungsrecht des Ehemannes nicht vereinbar, dass der Gläubiger des Ehemanns infolge der Pfändung von Mobilien der Ehefrau in das Veräusserungsrecht des Ehemannes einrücke und dasselbe an dessen Stelle durch den, den Gläubiger vertretenden Vollstreckungsbeamten ausübe.

Das Verwaltungsrecht des TV begründet als solches noch keine Haftung des Nachlasses.

1. Entzug des Widerspruchsrechts des Erben kraft Gesetzes.

Es besteht die Möglichkeit, dass dem Eigentümer durch Gesetz die Befugnis zur Widerspruchsklage genommen ist.

In einer Reihe von Fällen braucht das Recht eines Dritten im Titel nicht berücksichtigt zu werden. Die Vollstreckbarkeit des Titels wirkt gegen Dritte, die nach dem Inhalt des Titels weder Vollstreckungsschuldner noch an der Entstehung des Titels beteiligt sind. Die Vollstreckung wird hier nicht auf das Schuldnervermögen beschränkt, sondern ihr wird auch das fremde Recht unterworfen. "Kraft Gesetzes und ohne einen gegen ihn gerichteten Titel muss der Dritte die Zwangsvollstreckung in das seinem Recht unterliegende Vermögen dulden" [8].

Als mögliche Bestimmung dieser Art könnte § 748 ZPO zur Anwendung kommen. Nach Absatz I ist zur Zwangsvollstreckung in den Nachlass ein gegen den TV ergangenes Urteil erforderlich und genügend, wenn der Nachlass seiner Verwaltung unterliegt. Um in den dem Erben gehörenden Nachlass vollstrekken zu können, bedarf es eines Titels gegen den TV.

---

8) Stein-Jonas, vor § 735 I, 1a

Vollstreckungsschuldner ist der TV. Der Erbe ist damit Dritter. Gleichzeitig ist er Eigentümer des Nachlasses. Obwohl die Voraussetzungen für die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO gegeben sind, kann der Erbe wegen § 748 ZPO diese Klage nicht erheben.

Findet diese Bestimmung aber auch für Titel gegen den TV als Inhaber Anwendung?

a) § 748 in unmittelbarer Anwendung.

Der Wortlaut dieser Bestimmung lässt eine eindeutige Entscheidung nicht zu. Auch als treuhänderischer Inhaber ist der Vollstrecker zumindest in seinem Verhältnis zu dem Erben weiterhin TV. Ob dies aber für die Anwendung des § 748 ZPO genügt, oder ob der TV sich nach aussen hin als TV bezeichnen muss, bleibt unentschieden. Ebenso lässt der Wortlaut des § 748 ZPO die Deutung zu, dass mit dem Titel gegen den TV die Vollstrekkung nur in den Nachlass oder sowohl in den Nachlass als auch in das private Vermögen des TV zulässig ist.

Aus der systematischen Einordnung dieser Bestimmung, insbesondere in ihrem Verhältnis zu den anderen, die Beziehungen zwischen TV, Erbe und Gläubiger betreffenden Vorschriften ist eine eindeutige Auslegung zu erreichen. Nach § 327 I ZPO wirkt ein zwischen einem TV und einem Dritten über ein der Verwaltung des TV unterliegendes Recht ergangenes Urteil für und gegen den Erben. Aus diesem Grunde kann nach § 728 II ZPO bei einem gegen den TV ergangenen Urteil die Vollstreckungsklausel gegen den Erben umgeschrieben werden.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass der TV gemeint ist, der sich dem Dritten gegenüber als TV für einen bestimmten Nachlass bezeichnet hat. Denn in diesem Fall ist dem Dritten bei Eingehung der Verpflichtung durch den TV bekannt, dass

dieser in fremder Interessensphäre tätig wird.
Der Gläubiger hat ein Anrecht darauf, dass er seinen Titel auch dem gegenüber geltend macht, in dessen Interesse der TV gehandelt hat. Um dies zu erreichen, kann der Gläubiger den Titel gegen den Erben umschreiben lassen. Der Gesetzgeber geht daher in den Fällen, in denen er vom TV spricht, davon aus, dass dieser sich als TV bezeichnet hat.

Dieses Merkmal ist aber nicht das einzige. Weiter erforderlich ist, dass bei dem vom Gläubiger geltend gemachten Anspruch es sich für den Erben um eine Nachlassverbindlichkeit handelt. (§ 2214 BGB), Denn nur bei einer solchen Verbindlichkeit hat der Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Nachlass, bzw. ist der Erbe verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in den Nachlass zu dulden. Zu diesen Nachlassverbindlichkeiten gehören einmal die vom Erblasser herrührenden Schulden und die durch die Verpflichtungen aus der Geschäftsführung der mit der Verwaltung des Nachlasses betrauten Personen und zwar sowohl aus der Vertretung des Nachlasses eingegangenen Verbindlichkeiten, wie auch die ihnen zustehenden Ansprüche aufgrund ihrer Tätigkeit [9]. Nun mag zwar im Regelfall die von dem TV in seiner Eigenschaft als solcher eingegangene Verbindlichkeit Nachlassverbindlichkeit sein. Zwangsläufig ist dies aber nicht der Fall. Erwähnt sei nur die Möglichkeit, dass der TV sich zwar als solcher bezeichnet hat, die von ihm eingegangene Verbindlichkeit aber nicht zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich war (§ 2206 BGB), der TV ausserdem nicht von der Beschränkung der ordnungsgemässen Verwaltung befreit war [10] (§§ 2207, 2209 BGB) und der Dritte nicht gutgläubig war. Ebenso entsteht keine Nachlassverbindlichkeit, wenn der von der Beschränkung der ordnungsgemässen Verwaltung befreite TV als

---

9) Staudinger-Lehmann, § 1967 A. 12
10) Staudinger-Dittmann, § 2219 A. 13c

solcher auftritt, die von ihm eingegangene Verbindlichkeit aber offensichtlich in keiner Beziehung zum Nachlass steht und dem Dritten dies bekannt war oder zumindest grob fahrlässig nicht bekannt geworden ist.

Damit sind zwei Kriterien des § 748 ZPO gewonnen.

1.) Der TV muss in seiner Eigenschaft als TV auftreten und als solcher verurteilt sein.
2.) Bei den Verbindlichkeiten muss es sich um Nachlassverbindlichkeiten handeln.

Liegt ein Titel mit diesen Voraussetzungen vor, kann der Gläubiger in den Nachlass, aber auch nur in den Nachlass vollstrekken. Die Verurteilung des TV begründet also nicht die Vollstreckbarkeit in sein sonstiges Vermögen. Vollstreckt der Gläubiger dennoch in dieses Vermögen, kann der TV, obwohl er Vollstrekkungsschuldner ist, mit der Drittwiderspruchsklage die Zwangsvollstreckung in sein persönliches Vermögen für unzulässig erklären lassen.

Bei dem treuhänderischen TV bezeichnet dieser sich nicht als TV, bei der zugrundeliegenden Verbindlichkeit handelt es sich aus diesem Grunde um keine Nachlassverbindlichkeit. Deshalb unterliegt der Zwangsvollstreckung auch das persönliche Vermögen des TV. Da somit die Voraussetzungen des § 748 ZPO bei den gegen den TV geltend gemachten Geschäftsforderungen nicht vorliegen, kann selbst nach extensiver Auslegung § 748 ZPO unmittelbar auf die von den Gläubigern des TV geltend gemachten Ansprüche nicht angewendet werden.

b) § 748 ZPO in entsprechender Anwendung.

Obwohl der durch § 748 ZPO geregelte Fall von dem hier zu behandelnden sich erheblich unterscheidet, besteht dennoch in wesentlichen Punkten eine Übereinstimmung, die eine Übertra-

gung der im Gesetz gegebenen Rechtsfolge - Entzug des Widerspruchrechts - auf den TV als treuhänderischen Inhaber gerechtfertigt erscheinen lässt.

Die durch § 748 ZPO den Erben genommene Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung in den Nachlass für unzulässig erklären zu lassen, ist die notwendige Ergänzung der Stellung des TV mit seinem nach aussen unbeschränkten Verfügungsrecht, dem damit verbundenen absoluten Entzug der Verfügungsmacht des Erben und seiner Befugnis, für den Nachlass Verbindlichkeiten einzugehen. Daher kann der Erbe über die der Verwaltung eines TV unterliegenden Nachlassgegenstände nicht verfügen. (§ 2211 BGB). Aus diesem Grunde kann auch nicht aus einem Titel gegen den Erben in den vom TV verwalteten Nachlass vollstreckt werden. Der somit entscheidende rechtspolitische Grund für die Regelung in § 748 ZPO ist die bei angeordneter TV dem Erben fehlende Verfügungsmacht.

Diese Verfügungsmacht fehlt dem Erben aber auch, wenn der TV als treuhänderischer Inhaber auftritt. Er kann über Nachlassgegenstände nicht verfügen. (§ 2211 BGB). Dem TV ist die Verfügungsmacht über Nachlassgegenstände eingeräumt.

Da es sich im Regelfall des § 748 ZPO bei der dem Titel zugrundeliegenden Forderung um eine Nachlassverbindlichkeit handelt, bei der von dem TV als Inhaber eingegangenen Verbindlichkeit er aber selber als Schuldner persönlich unbeschränkt haftet, kann einer entsprechenden Anwendung des § 748 ZPO nicht entgegenstehen. Die Anwendung des § 748 ZPO kann nicht schlechthin davon abhängig gemacht werden, dass die in dem Titel festgestellte Forderung für den Erben unbedingt eine Nachlassverbindlichkeit ist. Es sei nur an den Fall gedacht, dass der TV einen Vertrag abschliesst, ohne sich dabei dem Vertrags-

partner als TV zu erkennen zu geben, der Vertrag sich aber wirtschaftlich auf den Nachlass bezieht. Das erworbene Recht fällt kraft Surrogation in den Nachlass. Für die vom TV eingegangene Verpflichtung, die keine Nachlassverbindlichkeit ist, haftet der TV als Vertragspartner persönlich und unbeschränkt. Dennoch wird man dem Erben bei einer wegen dieses Anspruchs vom Gläubiger in den Nachlass betriebenen Zwangsvollstreckung in entsprechender Anwendung des § 748 ZPO ein Widerspruchsrecht nicht zubilligen können.

Ob dem Erben das Widerspruchsrecht genommen ist, kann somit nur aus dem wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem die dem Titel zugrundeliegende Forderung zu dem vom TV verwalteten Nachlass steht, entnommen werden. Bezieht sich der Anspruch der Gläubiger wirtschaftlich auf den Nachlass, kann bei einer von den Gläubigern in den Nachlass betriebenen Zwangsvollstreckung der Erbe nicht widersprechen. Bei dem ein Handelsgeschäft in eigenem Namen betreibenden TV bedeutet dies, dass bei den von ihm eingegangenen Verpflichtungen eine wirtschaftliche Beziehung zu dem Handelsgeschäft bestehen muss, damit der Erbe einer daraus sich ergebenden Zwangsvollstreckung nicht widersprechen kann.

Aus welchen Geschäften die Verbindlichkeiten entstanden sein müssen, um den wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Handelsgeschäft begründen zu können, dafür bieten die Vorschriften des HGB eine gesetzliche Feststellungsmöglichkeit.

Nach § 343 I HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören. Geschäft im Sinne dieser Bestimmung ist jede rechtserhebliche Handlung oder Willenserklärung, die einen bestimmten Erfolg bezwecken kann, aber auch Rechtshandlungen wie z.B.

Geschäftsführung ohne Auftrag oder eine Unterlassung, wo eine Rechtspflicht zum Handeln bestand [11]. Eine Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe ist für das Geschäft dann gegeben, wenn das Geschäft auf das Handelsgewerbe, sei es förderlich oder nachteilig, einwirkt [12]. Es muss sachlich nach der Verkehrsauffassung einen Zusammenhang mit dem Handelsgewerbe aufweisen. Eine mittelbare Beziehung genügt.

Durch § 344 I HGB ist die Feststellungsmöglichkeit der Betriebszugehörigkeit des Geschäfts noch durch die Vermutung erleichtert, dass die von einem Kaufmann vorgenommenen Geschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes zugehörig zu betrachten sind. Diese Vermutung kann durch Gegenbeweis widerlegt werden. Eines Gegenbeweises bedarf es nicht, wenn die Sachlage schon an sich keinen Zweifel darüber zulässt, dass das Geschäft dem Handelsgewerbe nicht angehört [13].

Die in §§ 343, 344 HGB gegebene Regelung wirkt in erster Linie in dem Verhältnis zwischen Kaufmann und Vertragspartei. Ob diese Wirkung auch ansonsten gegeben ist, ist nicht unstreitig. Nach Schlegelberger-Hildebrandt [14] wirken diese Bestimmungen auch im Aussenverhältnis, so z.B. bei Bestimmung der nach § 25 HGB übergegangenen Verbindlichkeiten und Forderungen. Gadow [15] verneint die Möglichkeit einer solchen Anwendung. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist aber eine Anwendung auch auf andere Rechtsverhältnisse als die zwischen Kaufmann und Vertragspartner möglich. Dass sie von den Interessen der Beteiligten aus auch wirtschaftlich gerechtfertigt ist, wird unten gezeigt.

---

11) Schlegelberger-Hildebrandt, § 343 A. 7
12) Schlegelberger-Hildebrandt, § 343 A. 8
13) Gadow in RGR-Komm. § 344 A. 3
14) § 344 A. 10
15) RGR-Komm. § 344 A. 6

Nicht erforderlich ist, dass das vom TV abgeschlossene Handelsgeschäft zur ordnungsgemässen Verwaltung des Handelsgewerbes erforderlich ist. Nach § 2206 I BGB ist der TV zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass allerdings nur berechtigt, wenn sie zur ordnungsgemässen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind.

Zwar kann diese Bestimmung auf die Geschäfte des TV als Inhaber nicht unmittelbar angewendet werden, da der TV keine Nachlassverbindlichkeiten eingeht. Da aber die Gläubiger aus diesen Verbindlichkeiten in den Nachlass vollstrecken können - insofern diese Verbindlichkeiten mit Nachlassverbindlichkeiten übereinstimmen - könnte die Bestimmung des § 2206 BGB möglicherweise entsprechend angewendet werden. Die Anordnung der TV für ein Handelsgeschäft durch den Erblasser begründet regelmässig für den TV das Recht, das Handelsgeschäft zu verwalten, ohne dass ihm andere Aufgaben zugewiesen sind. Nach § 2209 S. 1 BGB handelt es sich bei diesem TV um einen Verwaltungsvollstrecker.

Enthält das Testament keine nähere Bestimmung, ist nach § 2209 S. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, dass dem TV die Ermächtigung nach § 2207 BGB erteilt ist. Diese Ermächtigung geht dahin, dass der TV in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt ist, d.h. für die Eingehung der Verbindlichkeiten die Ordnungsmässigkeit der Verwaltung kein Erfordernis darstellt, Diese Erweiterung der gesetzlichen Verpflichtungsbefugnis hat ihren Grund darin, dass eine längerdauernde Verwaltung es mit sich bringt, dass der TV immer wieder neue Geschäfte abschliessen muss [16].

Wenn aber schon der normale TV ohne Beschränkung auf ordnungsgemässe Verwaltung Nachlassverbindlichkeiten eingehen

---

16) Staudinger-Dittmann, § 2209 A. 15

kann - aus denen der Erbe unmittelbar in Anspruch genommen werden kann -, so ist nicht einzusehen, warum bei den von dem TV als Inhaber abgeschlossenen Handelsgeschäften der Erbe dann einer Zwangsvollstreckung in den Nachlass widersprechen kann, wenn die Verbindlichkeit nicht zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich war.

Man wird deshalb die Befreiung in entsprechender Anwendung auch für den ein Handelsgeschäft im eigenen Namen fortführenden TV anwenden müssen, mit der Folge, dass für die vom TV als Treuhänder eingegangenen Verbindlichkeiten der Nachlass haftet, unabhängig davon, ob die von dem TV begründeten Verbindlichkeiten zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich waren oder nicht.

Wenn das KG [17] und Staudinger-Dittmann [18] die Ansicht vertreten, das Geschäftsvermögen hafte nicht, wenn der TV die ihm gezogenen Grenzen überschritten hat, so kann, da die Beschränkung der Ordnungsmässigkeit der Verwaltung nicht eingreift, diese Formulierung nur dahin aufgefasst werden, dass das Geschäftsvermögen dem Zugriff des Gläubigers des TV nicht unterliegt, wenn der TV aus anderen als aus Geschäftsverbindlichkeiten in Anspruch genommen wird.

2. Umfang des haftenden Nachlasses

Bejaht man die Möglichkeit der Haftung des Nachlasses für die vom TV eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten, ist damit noch nicht entschieden, ob der gesamte, der Verwaltung des TV unterliegende Nachlass oder nur das Geschäftsvermögen als Nachlassgegenstand haftet.

---

17) JFG 18, 276 = JW 39, 104
18) § 2205 A. 59

Hat der Erblasser die TV lediglich für das Handelsgeschäft angeordnet, haftet neben dem persönlichen Vermögen des TV nur das Geschäftsvermögen für die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten. Denn nur auf dieses Geschäftsvermögen bezieht sich die dem Erben entzogene und dem TV zugeteilte Verfügungsmacht. Nur insoweit steht dem Erben ein Widerspruchsrecht nicht zu,

Bezieht sich die TV auf den gesamten Nachlass und gehört zu diesem Nachlass das Handelsgeschäft, haftet der TV nach den oben entwickelten Grundsätzen - Verfügungsmacht beim TV, Entzug des Widerspruchsrechts des Erben - mit seinem Privatvermögen und dem gesamten Nachlass.

3. Besitz

Eine weitere Voraussetzung für die Haftung des Nachlasses besteht darin, dass dieser im Besitz des TV sein muss. Denn die Zwangsvollstreckung in beweglichen Sachen erfolgt nach § 808 ZPO durch Inbesitznahme der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen durch den Gerichtsvollzieher.

Der Streit zwischen Rosenberg [19] und Stein-Jonas [20], ob aus dem Titel gegen den TV als solchen gegen den Erben vollstreckt werden kann, bedarf im gegebenen Fall keiner Entscheidung. Ausgangspunkt für diesen Streit ist der Tatbestand, dass der TV in seiner amtlichen Eigenschaft verurteilt worden ist, sich aber Nachlassgegenstände, die für die vom TV begründeten Verbindlichkeiten haften, im Gewahrsam des Erben befinden. Dem Gläubiger ist bekannt, dass sein Vertragspartner in fremder Interessensphäre tätig geworden ist, eine Nachlassverbindlichkeit begründet hat und dass für seine Forderung mit Gewissheit der Nach-

19) § 179 III, 3
20) vor § 735, II

lass haftet.

Diese Voraussetzungen liegen aber bei den Verpflichtungen des TV als Inhaber nicht vor. Er tritt weder als TV auf, noch entsteht eine Nachlassverbindlichkeit. Der Gläubiger hat seinen persönlich haftenden Schuldner. Die im Gewahrsam eines Dritten befindlichen Gegenstände sind für den Gläubiger nicht erreichbar.

Ergebnis:

Für die von dem TV als Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten haftet der TV mit seinem Eigenvermögen, aber auch mit dem Nachlass, soweit er sich in seinem Besitz befindet, wenn die Verbindlichkeiten aus einem vom TV getätigten Handelsgeschäft (§§ 343, 344 HGB) hervorgegangen sind. In Anwendung des Rechtsgedankens aus § 748 ZPO ist bei der vom Geschäftsgläubiger in den Nachlass eingeleiteten Zwangsvollstreckung dem Erben das Recht zur Widerspruchsklage entzogen.

Dieses Ergebnis wird auch den Interessen der Beteiligten gerecht.

Es fällt dem TV leichter, das Handelsunternehmen unter dem Risiko der eigenen persönlichen Haftung weiterzuführen, wenn er über die von ihm verwalteten Vermögensgegenstände nicht nur verfügen kann, sondern wenn gleichzeitig dieses Vermögen im Vollstreckungsfalle von den Geschäftsgläubigern in Beschlag genommen werden kann, dieses Vermögen also vollständig in seinen Haftungsverband eingegliedert ist. Dadurch wird die Kreditfähigkeit des Unternehmens vergrössert, was sich vorteilhaft auf die Ertragsfähigkeit auswirken kann.

Ebenso wird es der Wille des Erblassers gewesen sein, dass der Nachlass dem Zugriff der Gläubiger unterliegt.

Indem er die TV für sein Handelsgeschäft anordnete, wird er, selbst wenn er sich über die Arten der Durchführung nicht völlig im klaren war, dennoch gewollt haben, dass der TV bei der Führung des Geschäfts die Möglichkeiten eingeräumt bekommt, die eine ertragreiche Tätigkeit gewährleisten. Eine Voraussetzung hierzu ist die möglichst hohe Kreditfähigkeit, die dann gegeben ist, wenn das Handelsgeschäft dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt ist.

Ob der Entzug des Widerspruchsrecht im Interesse des Erben liegt, mag zunächst zweifelhaft erscheinen. Denn der Erbe verliert dadurch ein ihm an sich zustehendes Recht. Dieser Gesichtspunkt kann aber nicht ausschlaggebend sein. Durch die Anordnung der Verwaltungsvollstreckung ist dem Erben sowieso ein Grossteil der ihm als Eigentümer zustehenden Rechte genommen. Daß ihm das bei einer normalen TV ihm nicht zustehende Recht dann wieder gegeben sein soll, wenn der TV dem Willen des Erblassers entsprechend als treuhänderischer Inhaber und somit in abgewandelter Form tätig wird, ist nicht einzusehen. Darüber hinaus liegt es aber auch im wirtschaftlichen Interesse des Erben, den Nachlass mithaften zu lassen. Da das Handelsgeschäft einmal wieder auf den Erben übergeht, der ausserdem an den Gewinnen beteiligt wird, kann das wahre Interesse des Erben nur so verstanden werden, dem TV die Chancen für eine erfolgreiche Tätigkeit zu schaffen. Die Gefahr, dass das Geschäft verloren geht, ist schon durch das absolute Verfügungsrecht des TV gegeben. Sie wird durch den Entzug des Widerspruchsrechts nicht vergrössert.

Insbesondere sind aber die Gläubiger des TV daran interessiert, dass der Nachlass Haftungsobjekt ist. Sie treten mit dem TV in Geschäftsbeziehungen und können dabei von der Annahme ausgehen, dass das Geschäftsvermögen, als dessen Eigentümer der TV ihnen erscheint, Haftungsobjekt ist. Es wäre nicht gerechtfertigt und mit dem Standpunkt der Rechtssicherheit nicht verein-

bar, wenn die Gläubiger bei der Zwangsvollstreckung feststellen müssten, das gesamte Geschäftsvermögen hafte nicht und der TV selbst sei völlig mittellos.

4. Rechtsgeschäftlicher Verzicht auf das Widerspruchsrecht.

Der Erbe könnte auf sein Recht zur Widerspruchsklage verzichtet haben.

Nach Stein-Jonas [21] ist bei dem dem Urteil des OLG München [22] zugrundeliegenden Sachverhalt ein solcher Allgemeinverzicht des Eigentümers zu erblicken.
Eine Ehefrau besass ein Hausgrundstück. In diesem betrieb der Ehemann unter seinem Namen eine Sattlerei und eine Fahrradhandlung. Die Eheleute lebten in Gütertrennung. Ein Gläubiger des Ehemanns pfändete Gegenstände aus dem Geschäftsvermögen, die Ehefrau verlangte Freigabe der gepfändeten Sachen. Sie behauptete, das gesamte Geschäftsvermögen gehöre ihr.

Der Allgemeinverzicht sei nach Stein-Jonas darin zu erblicken, dass die Ehefrau ihren Ehemann nach aussen als Geschäftsinhaber und Eigentümer des Geschäftsvermögens in Erscheinung treten liess.

Das OLG München hat die Klage der Ehefrau mit der Begründung abgewiesen, es verstosse wider Treu und Glauben, wenn die Ehefrau der Zwangsvollstreckung widersprechen könnte.

Ein Allgemeinverzicht des Erben könnte darin erblickt werden, dass der TV das ihm nicht gehörende Geschäft für Rechnung des Erben weiterführt. In einem Punkt allerdings unterscheidet sich der zu behandelnde Sachverhalt von dem, der der Ent-

---

21) § 771 III, 4
22) HRR 1931, Nr. 142

scheidung zugrunde lag. Während die Ehefrau freiwillig den Ehemann mit der Geschäftsführung beauftragte und somit mit Wissen und Wollen den Rechtsschein des Eigentums ihres Mannes gesetzt hat, liegt die Fortführung des Geschäfts durch den TV nicht im Willensbereich des Erben. Vielmehr ergibt sich die Stellung des TV aus der letztwilligen Anordnung des Erblassers. Diese Anordnung bedingt, dass der TV das Geschäft fortführt, ohne dass er Eigentümer des Geschäftsvermögens wird. Nicht entscheidend hierfür war der Willensentschluss des Erben. Dieser ist vielmehr dem letzten Willen des Erblassers unterworfen.

Aus diesem Grunde kann ein Verzicht des Erben nicht angenommen werden. Es lag nicht in seiner Autonomie, den Rechtsschein des Eigentums des TV zu setzen.

Ausgangspunkt ist vielmehr der Wille des Erblassers. Durch seine Anordnung ist in entsprechender Anwendung des § 748 ZPO dem Erben das Widerspruchsrecht entzogen.

B. Eigentum an neuerworbenen Gegenständen.

Mit der Fortführung des Handelsgeschäfts ist gleichzeitig der Erwerb neuer Gegenstände, wie Sachen und Forderungen verbunden. Eigentümer dieser Sachen bzw. Gläubiger dieser Forderungen wird derjenige, mit dem der bisherige Träger des Rechts die Übertragung vereinbart hat. Als Vertragspartner trifft der TV mit dem Dritten eine Einigung über den Übergang des Rechts. Der TV würde demnach grundsätzlich Eigentümer der neuerworbenen Geschäftsgegenstände.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann aber dann gegeben sein, wenn im Wege der Surrogation vom TV erworbene Gegenstände in den Nachlass fallen und damit Eigentum des Erben werden.

Bei dem Surrogationsprinzip, das ohne Übertragung oder Buchung und regelmässig ohne den Willen des Erwerbenden durchgreift, werden gewisse ausscheidende Vermögensgegenstände durch andere ersetzt [1]. Für den von einem TV verwalteten Nachlass ist zwar vom Gesetz der Grundsatz der dinglichen Surrogation nicht ausgesprochen. Aber nach heute h. M. [2] ist die Vorschrift des § 2041 BGB auf einen solchen Nachlass entsprechend anzuwenden.

Denn auch der dem TV unterliegende Nachlass sei Sondervermögen, weshalb die Anwendung von § 2041 BGB zulässig und geboten sei [3]. Dies gilt in gleichem Masse für den TV als treuhänderischen Inhaber. Auch er verwaltet das Sondervermögen Nachlass.

Erwirbt der TV ein Rechtsgeschäft, das sich auf den Nachlass bezieht, einen Gegenstand, gehört dieser Gegenstand zum Nachlass. Eine solche Beziehung ist immer dann gegeben, wenn der

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 132 II, 3
2) Staudinger-Dittmann, § 2205 A. 9; RG 138, 134; KG DJ 1941, 350
3) RG a.a.O.

Erwerb nach der Willensrichtung des rechtsgeschäftlich tätig werdenden TV dem Nachlass zugutekommen soll und so ein innerer Zusammenhang mit dem Nachlass besteht [4]. Erwirbt der TV im Rahmen des Geschäftsbetriebes Gegenstände, ist der innere Zusammenhang zwischen dem Erwerb und dem Geschäftsvermögen gegeben. Auch das Interesse des TV richtet sich darauf, dem Nachlass - hier das Geschäftsvermögen - die Gegenstände zukommen zu lassen. Zwar könnte man annehmen, dass der TV wegen seiner Haftung die Gegenstände zu eigenem Recht und nicht für den Nachlass erwerben will, insofern also ein Unterschied zu dem rechtsgeschäftlichen Handeln des üblichen TV gegeben ist. Aber da der TV als Inhaber unbeschränkt über diese neuwerworbenen Nachlassgegenstände verfügen kann, diese Nachlassgegenstände auch seinen Geschäftsgläubigern haften, ist seine Stellung insofern dem eines Eigentümers angeglichen. Sein berechtigtes Interesse geht daher nicht auf eigenen Rechtserwerb.

Dass der TV sich seinen Vertragsgegnern nicht als Verwalter eines bestimmten Nachlasses zu erkennen gibt, schliesst die Surrogation nicht aus. Denn auf den Willen des Dritten kommt es nicht an. Entscheidend ist allein die Willensrichtung des handelnden TV.

Ist diese auf das Handelsgeschäft gerichtet, ist es gleichgültig, mit welchen Mitteln der TV den Gegenstand erworben hat. [5]

Die durch Rechtsgeschäfte des treuhänderischen TV erworbenen Geschäftsgegenstände werden somit analog § 2041 BGB Nachlassgegenstände. Zu diesem Ergebnis gelangt auch das KG (JFG 18, 276). Die Begründung, er erwerbe als stiller Vertreter, ist wegen der Anwendbarkeit des Surrogationsprinzips nicht

---

4) Staudinger-Lehmann, § 2041 A. 2; KG JFG 15, 155
5) Staudinger-Lehmann, § 2041 A. 3

aufrecht zu erhalten. Erwirbt der Erbe kraft Surrogation, ist ein Erwerb mittels Vertretung durch den TV begrifflich ausgeschlossen.

Auch bei Verwendung eigener Mittel gehört der erworbene Geschäftsgegenstand zum Nachlass.

Da die Geschäftsgläubiger die Zugriffsmöglichkeit in das Geschäftsvermögen haben, bedeutet dieses Ergebnis - Eigentumserwerb des nichthaftenden Erben - keine Unbilligkeit, Das KG. a.a.O. gelangt im wesentlichen zu dem selben Ergebnis, in dem es ausführt, dass unter Umständen die neuen Geschäftsgegenstände den neuen Geschäftsgläubigern gegenüber als Eigentum des TV zu behandeln sind. Ausgehend von dem Rechtsgebilde der stillen Stellvertretung soll damit wohl gemeint sein, dass diese Geschäftsgegenstände im Innenverhältnis noch nicht als auf den Erben übertragen gelten, solange sie noch im Besitz des TV sind und dass sie deshalb dem Zugriff der Gläubiger unterliegen.

Wegen der Vollstreckungsmöglichkeit der Gläubiger in das Eigentum des Erben mit einem Titel gegen den TV als treuhänderischen Inhaber (s.o. S. 49 ff.) bedarf es der vom KG angewandten Lösung nicht.

Die im Rahmen des § 2041 BGB viel erörterte Frage, ob eine Surrogation auch dann einsetzt, wenn der Erwerb lediglich mit Mitteln des Nachlasses erfolgt - nach heute wohl herrschender Meinung [6] genügt diese objektive Beziehung zum Nachlass -, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert zu werden. Der Unterschied der Lösungen ist in den praktischen Auswirkungen für die Rechtsstellung des TV nicht allzu gross. Denn regelmässig ist bei dem Tätigwerden des TV sein Wille auf das Unternehmen gerichtet.

---

6) Staudinger-Lehmann, § 2041 A. 3; Planck-Ebbecke, § 2041 A. 1; RGR-Komm. § 2041 A. 3; Palandt-Rechenmacher, § 2041 A. 1; Lepp-Coing, § 114 III, 2

C. Pflichten des Testamentsvollstreckers.

Da im Verhältnis zu dem Erben sich die Stellung eines TV, der das zum Nachlass gehörige Handelsgeschäft als Inhaber fortführt, nicht von derjenigen des gewöhnlichen TV unterscheidet, hat der TV dem Erben gegenüber alle Rechte und Pflichten eines solchen und kann sich von den letzteren nicht etwa durch Berufung auf seine, nur für das Aussenverhältnis massgebende Stellung als Geschäftsinhaber entziehen. [1] Damit hat er die in den §§ 2215 ff. BGB festgelegten Pflichten zu erfüllen.

I. Nachlassverzeichnis.

Nach § 2215 BGB hat der TV unverzüglich ein Nachlassverzeichnis anzufertigen und es dem Erben mitzuteilen.

II. Ordnungsgemässe Verwaltung.

Die Pflicht zur ordnungsgemässen Verwaltung ist durch § 2216 BGB begründet. Was darunter zu verstehen ist, richtet sich nach dem Zweck der Verwaltung, nach der letztwilligen Anordnung und nach den Umständen des Einzelfalles.

Bei der Fortführung eines Einzelhandelsgeschäftes wird man sich danach zu richten haben, inwieweit die Verwaltung durch den TV den Grundsätzen einer Verwaltung durch einen die handelsübliche Sorgfalt beachtenden Geschäftsinhaber entspricht, wobei dem TV ein gewisser Spielraum gegeben ist. [2] In den Bereich der ordnungsgemässen Verwaltung gehört auch die Frage, inwieweit der TV Nutzungen des Nachlasses an den Erben herauszugeben hat. [3] Nach RG [4] sind die Nutzungen herauszugeben, soweit sie zur Bestreitung des angemessenen Lebens-

---

1) JFG 18, 281
2) Staudinger-Dittmann, § 2216 A. 1
3) Staudinger-Dittmann, § 2216 A. 6
4) Recht 1922, Nr. 615 = BayZ 1922, 123

unterhalts des Erben erforderlich sind. Von dem erwirtschafteten Gewinn hat demnach der TV grundsätzlich diesen Betrag an den Erben abzuführen.

Sollte aber aus betriebswirtschaftlichen Gründen die Investition des erwirtschafteten Gewinns zweckmässig sein, wird man im Einzelfall eine Nichtauszahlung des Gewinns an den Erben mit dem Grundsatz ordnungsgemässer Verwaltung in Einklang bringen können, wenn nicht der Lebensunterhalt des Erben durch die Vorenthaltung des Gewinns ernsthaft gefährdet wird.

Praktisch wird deshalb der Investition des Gewinns der Vorrang vor der Auszahlung nur dann zuzubilligen sein, wenn der Erbe auf andere Weise seinen Unterhalt bestreitet oder es vorsätzlich oder grob fahrlässig unterlässt, den für sich erforderlichen Unterhalt zu verdienen.

III. Herausgabe von Nachlassgegenständen.

Nach § 2217 BGB hat der TV Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Von dieser Verpflichtung ist der treuhänderische TV befreit, aber nicht wegen seiner Eigenschaft als treuhänderischer Inhaber des Handelsgeschäfts, sondern weil er nach § 2209 BGB Verwaltungsvollstrecker ist. Denn dieser bedarf zur Erfüllung seiner Obliegenheiten - d.h. zur Verwaltung des Nachlasses - aller Nachlassgegenstände, die überhaupt von einem Dritten verwaltet werden können, bis zur Beendigung der Verwaltung; eine vorzeitige Herausgabe an den Erben ist daher nicht möglich. [5] Während der Verwaltungsvollstreckung hat der Erbe noch nicht einmal einen bedingten Anspruch auf Herausgabe des Nachlasses. [6] Aus dem gleichen Grund ist der TV auch nach §§ 2218, 667 BGB während der Dauer der Vollstreckung nicht zur Herausgabe einzelner Nachlassgegenstände verpflichtet.

---

5) KG DNotZ 1942, 225 = HRR 1942 Nr. 567; RG HRR 1929 Nr. 1652

6) Staudinger-Dittmann, § 2209 A.13; OLG Stuttgart, Württ. Z. 1924, 23

IV. Beteiligung Dritter.

Nach §§ 2218, 664 BGB darf der TV sein Amt als Ganzes nicht auf einen anderen übertragen, auch nicht mit Zustimmung des Erben. Bei Übertragung einzelner Geschäfte hat der TV ein Verschulden nach § 664 I, 2 BGB zu vertreten.

Von der Übertragung der Obliegenheiten des TV an Dritte ist die Bevollmächtigung Dritter zu unterscheiden. Die Bevollmächtigung bedeutet noch nicht, dass der Vollstrecker auch die Führung der Geschäfte, auf die sich die Vollmacht bezieht, dem Bevollmächtigten überlässt. [7] Der Vollstrecker darf im allgemeinen auch ohne besondere Ermächtigung im Testament für einzelne Geschäfte oder für einen bestimmten Kreis von solchen Vollmacht erteilen [8]. Der ein Handelsgeschäft verwaltende TV kann nach einer Entscheidung des KG [9] Prokura erteilen. Dieses Recht steht dem TV einmal als Inhaber nach § 48 HGB zu. Aus den zutreffenden Gründen des KG-Urteils ist aber die Prokuraerteilung durch den TV auch mit seiner Rechtsstellung dem Erben gegenüber vereinbart. Denn die Vorschriften der §§ 2218, 664 I 1 BGB stünden der Bestellung nicht entgegen. In diesem Akt sei keineswegs die Übertragung des Amtes in vollem Umfang zu erblicken. Zunächst bliebe eine Reihe von wichtigen Rechtsakten, z.B. Veräusserung von Grundstücken, Veräusserung des ganzen Handelsgeschäfts der alleinigen Entschliessung des TV vorbehalten. Der Prokurist sei von dem Willen des TV abhängig, da die Prokura jederzeit widerruflich sei (§ 52 I HGB). Der TV könne deshalb jederzeit die Verwaltung der Nachlassgegenstände wieder allein übernehmen. Schliesslich bliebe der TV auch nach der Bestellung des Prokuristen neben diesem tätig.

Das für den Prokuristen Gesagte gilt auch für den Handlungsbevollmächtigten.

---

7) Staudinger-Dittmann, § 2218 A. 9
8) KG OLG 9, 408; 19, 275; KG HGJ 32 A 91, 93; OLG Hamburg OLG 10, 303; KG OLG 40, 135
9) KG KGJ 41, 78

V. Rechnungslegung.

Nach § 666 BGB ist der TV verpflichtet, dem Erben die erforderlichen Nachrichten zu geben und auf Verlangen über den Stand der Verwaltung Auskunft zu erteilen. Bei längerdauernder Verwaltung - länger als ein Jahr - hat der TV jährlich Rechnung zu legen (§ 2218 II BGB). Diese Rechnung muss so vollständig sein, dass aus ihr zu ersehen ist, inwieweit Gewinne sich ergeben haben. Denn nur so kann der Erbe feststellen, was er von diesen Gewinnen in Anspruch nehmen kann.

Durch die Vorlegung einer Handelsbilanz erfüllt der TV regelmässig seine Verpflichtung zur Rechnungslegung. Aus der Handelsbilanz ergibt sich, insbesondere unter Heranziehung der vorherigen ein objektives Bild des tatsächlichen Betriebsgeschehens. Die Aufstellung der Aktiva bestehend aus Anlagevermögen, Umlaufvermögen u.a. und der Passiva bestehend aus Kapital, Wertberichtigungen, Rückstellungen und Verbindlichkeiten u.a. ermöglicht ein ziemlich vollständigen Überblick über den Stand des Unternehmens.

Dem gegenüber genügt nicht die Vorlage einer Steuerbilanz. Denn diese Bilanz wird zur Verringerung der Steuerlast unter dem Gesichtspunkt erstellt, die vom Gesetzgeber steuerrechtlich gegebenen Möglichkeiten am günstigsten auszunutzen. Dabei werden auch subjektive Normen wie z.B. Anzahl der Kinder, Vertriebeneneigenschaft oder die Erstellung von Wohnhäusern, die das Betriebsgeschehen nicht berühren, bilanzmässig berücksichtigt. Aus diesen Gründen schliesst die Steuerbilanz weitgehend eine genaue Ermittlung des Betriebsablaufs aus.

Die vom RG vertretene Auffassung [10], nach der eine Übersicht genüge, durch die sich der Erbe ein allgemeines Bild machen könne, trifft zumindest auf den Fall der treuhänderischen Inhaberschaft des TV nicht zu.

---

10) Warn.R. 1936 Nr. 159 = Seuff. Arch. 90 Nr. 172

Nach § 668 BGB hat der TV das Geld, das er für sich verwendet hat und das er an den Erben herauszugeben bzw. für ihn zu verwenden gehabt hätte, von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen.

VI. Schadenersatzpflicht.

Nach § 2219 BGB hat der TV bei Verletzung der ihm obliegenden Verpflichtungen Schadenersatz zu leisten, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Am häufigsten wird die Verletzung des Grundsatzes der ordnungsgemässen Verwaltung die Schadenersatzpflicht des TV begründen.

Entweder führt er selbst das Handelsgeschäft nicht mit der handelsüblichen Sorgfalt und nach betriebswirtschaftlich vertretbaren Gesichtpunkten oder aber der von ihm gestellte Prokurist nimmt mit den Grundsätzen ordnungsgemässer Verwaltung unvereinbare Handlungen vor, indem er z. B. falsch disponiert, sich verkalkuliert, ein anderes Patent verletzt oder einen Wettbewerbsverstoss begeht. In diesen Fällen hat der TV nach §§ 664, I, 3; 278 BGB das Verschulden seines Untergebenen als Erfüllungsgehilfen bei der ordungsgemässen Verwaltung in gleichen Masse wie eigenes Verschulden zu vertreten und den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.

Ebenso kann eine Schadensersatzpflicht des TV gegeben sein, wenn er einen Prokuristen bestellt, ohne dass dazu eine wirtschaftliche Notwendigkeit bestand und dadurch dem Unternehmen einen Schaden z. B. in der Form einer höheren Gehaltszahlungspflicht, zugefügt wird.

Eine Schadenersatzpflicht ist auch dann zu bejahen, wenn ein Schaden dadurch entsteht, dass der TV es schuldhaft unterlässt, eine Prokura zu widerrufen, nach dem der Prokurist betriebswirtschaftlich unverantwortliche Massnahmen getroffen hat.

Versäumt es der TV schuldhaft, dem Erben den für die Bestreitung seines angemessenen Lebensunterhalts notwendigen Betrag auszuzahlen, kann dem Erben ein vom TV zu ersetzender Schaden entstehen, wenn er bei der anderweitigen Erlangung des erforderlichen Betrags für Unkosten z.B. Zinsen aufzukommen hat. In diesem Fall rechtfertigen auch unterdurchschnittliche Gewinne im Geschäft die Nichtauszahlung durch den TV nicht. Der mutmassliche Wille des Erblassers wird regelmässig dahingehen, dass dem Erben von den Nutzungen des Handelsgeschäfts so viel ausgezahlt wird, dass der Lebensunterhalt des Erben gesichert ist und dass der Erbe nicht gezwungen ist, durch besondere Aufwendungen seinen Unterhalt zu bestreiten. Gedacht sei an den noch nicht verdienenden und minderjährigen Erben, der seinen Lebensunterhalt wegen der Nichtauszahlung nur durch die Aufnahme eines verzinslichen Darlehens sicherstellen kann.

Hat dagegen der Erbe sein gesichertes und regelmässiges Einkommen, wird ihm durch die Nichtauszahlung eines Teils der Nutzungen nur sehr selten ein vom TV zu ersetzender Schaden entstehen.

Nach § 2220 BGB kann der Erblasser den TV nicht von den obigen Verpflichtungen mit Ausnahme von der des § 2217 BGB befreien. Dies gilt in gleichem Masse auch für den TV als treuhänderischen Inhaber.

D. Aufwendungsersatzanspruch.

I. Ersatz von Aufwendungen.

Nach § 2218 BGB finden auf das Rechtsverhältnis zwischen TV und dem Erben einige Bestimmungen der für den Auftrag geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Danach kann der TV nach § 670 BGB von dem Erben Ersatz verlangen, wenn er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten aus seinem Vermögen Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. [1] Der TV kann aber die Mittel für die Aufwendungen aufgrund seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts (§ 2205 BGB) auch aus dem Nachlass entnehmen, ohne sein eigenes Vermögen angreifen zu müssen [2].

Gegen die Anwendbarkeit der §§ 2218, 670 BGB auch im Rahmen des Verhältnisses Erbe und TV als Inhaber bestehen keine Bedenken. So wird von der h. M. [3] dem TV als Inhaber ein Ersatzanspruch zugestanden. Die Begründung ist darin zu finden, dass im Verhältnis zu den Erben sich die Stellung des TV nicht von der eines üblichen TV unterscheidet [4].

Unter Aufwendungen sind in erster Linie Geldaufwendungen zu verstehen. Es gehören aber auch alle anderen freiwilligen Vermögensopfer dazu. Bei ihnen geht der Anspruch auf Ersatz des Wertes der aufgewendeten Gegenstände.

---

1) Staudinger-Dittmann, § 2218 A. 27
2) KG JW 1937, 475
3) BGH 12, 100; Donner DNotZ 1944, 143; Staudinger-Dittmann, § 2205 A. 59; Hueck in ZHR 108, 28; Siebert HF S. 157
4) [illegible]

Der TV als Inhaber erfüllt seine Obliegenheiten dadurch, dass er das Handelsgeschäft fortführt. Er kann daher für die bei der Geschäftsführung gemachten Aufwendungen von dem Erben Ersatz verlangen.

Die Eigenschaft als Aufwendung im Rahmen des Geschäftsbetriebes wird man davon abhängig machen können, ob es sich bei der Aufwendung um eine Betriebsausgabe nach § 4 Abs. 4 Einkommensteuergesetz handelt. Dieser Begriff ist zwar in erster Linie von steuerrechtlicher Bedeutung. Mit ihm sollen die abzugsfähigen Ausgaben, die durch den Betrieb veranlasst werden, umrissen werden. Ausserdem sollen dadurch diese Ausgaben von anderen Ausgaben wie Werbekosten, Sonderausgaben und vor allem Privatausgaben unterschieden werden.

Da zu den Betriebsausgaben sowohl die unmittelbar als auch die nur mittelbar mit dem Betrieb zusammenhängenden Ausgaben gehören, diese Ausgaben zur Verwaltung eines Handelsgeschäfts erforderlich sind, wird man eine Betriebsausgabe des TV als eine in Erfüllung seiner Obliegenheiten gemachte Aufwendung bezeichnen können.

Zu den Betriebsausgaben gehören u.a. sämtliche Aufwendungen, die sich auf Güter des Betriebs erstrecken. Neben den Löhnen und den sozialen Leistungen kommen alle Aufwendungen für die Anschaffung von Waren und Vorräten, Roh- und Hilfsstoffen, von Anlagegütern, der Erstattungsaufwand für Betriebsgebäude, Maschinen und sonstige Anlagen, die Kosten der Lagerung und des Vertriebs, der geschäftlichen Werbung, Reisekosten, Miet- und Pachtzinsen für Betriebsräume als Betriebsausgaben in Frage.

Ebenso wird man die in § 4 Abs. 5 u. 6 EStG aufgezählten Aufwendungen als ersatzfähige Aufwendungen bezeichnen können, wenn sie nach diesen Bestimmungen abzugsfähig sind.

Mit der Formulierung "die er den Umständen nach für erforderlich halten darf" ist für den Umfang des Ersatzanspruchs in gewisser Weise ein subjektiver Masstab aufgestellt. Entscheidend ist also nicht, ob die Aufwendung wirklich erforderlich war, sondern ob sie der Beauftragte bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt den Umständen nach für erforderlich halten durfte [6].

Entsprechend seiner Verpflichtung zur ordnungsgemässen Verwaltung (§ 2216 BGB) wird man dem TV einen Ersatzanspruch nur dann zusprechen können, wenn er bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt annehmen durfte, die Aufwendung sei zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich gewesen.

Wenn nach Hueck [7] dagegen unter Bezugnahme auf § 2206 BGB der TV im Innenverhältnis von dem Erben Ersatz nur dann verlangen kann, wenn die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich war - demnach ein objektiver Masstab anzuwenden ist -, kann dem nicht zugestimmt werden.

Nach § 2206 BGB ist der TV berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlass einzugehen, wobei dieses Recht anders als das Recht zur Verfügung über Nachlassgegenstände nicht frei und unbeschränkt, sondern regelmässig kausal bedingt ist. Es steht dem TV nur insoweit zu, als die Eingehung zur ordnungsgemässen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist. Durch diese Bestimmung wird eine Regelung darüber getroffen, inwieweit der TV berechtigt ist, Dritten gegenüber den Nachlass zu verpflichten mit der Folge, dass aus diesen Verbindlichkeiten gegen den Erben vorgegangen werden kann. Es geht somit bei dieser Bestimmung um das Verhältnis Nachlassgläubiger, TV und Erbe, also um das Aussenverhältnis. Für die Anwendbarkeit des § 2206 BGB auf den Umfang des nur das Innenverhältnis betreffenden Aufwendungsersatzanspruchs bleibt daher kein Platz. Den Erben gegenüber ist der TV nach § 2216 BGB zur ordnungsgemässen Verwaltung verpflichtet.

6) Staudinger-Nipperdey, § 670 A. 16; RG 105, 52; RG 149, 207
7) Hueck ZHR 108, 28

Wenn der TV bei Eingehung einer Verbindlichkeit gegen diese Verpflichtung bewusst verstösst, steht ihm ein Ersatzanspruch nicht zu.

II. Befreiung von Verbindlichkeiten.

Unter einer Aufwendung ist aber auch die Übernahme oder Entstehung einer Verbindlichkeit im Interesse des Auftraggebers zu verstehen [8], Denn auch hier wird durch Begründung einer Schuld ein Vermögenswert freiwillig aufgeopfert. Geht der TV als treunhänderischer Geschäftsinhaber eine Verbindlichkeit ein, macht er eine Aufwendung.

Ob die Verbindlichkeit im Rahmen der Fortführung des Handelsgeschäftes und damit in Erfüllung seiner Obliegenheiten entstanden ist, kann wiederum unter Anwendung des steuerrechtlichen Begriffs der Betriebsausgabe (s.o. S. 75) entschieden werden. Würde die Erfüllung der Verbindlichkeit für den TV eine Betriebsausgabe darstellen, handelt es sich bei der Verbindlichkeit um eine in Erfüllung seiner Obliegenheiten gemachte Aufwendung.

Nach §§ 670, 257 BGB kann der TV von dem Erben Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Der Erbe ist verpflichtet, die Schuldnerschaft des TV aufzunehmen und seine Haftung zu beseitigen. Der Erbe kann den TV dadurch befreien, dass er die vom TV geschuldete Leistung an den Drittgläubiger bewirkt, indem er z.B. an diesen Gläubiger zahlt. Der Erbe kann aber auch die Schuld mit befreiender Wirkung für den TV übernehmen (§ 414 BGB).

Für den Befreiungsanspruch des TV gilt ebenfalls das o.a. S. 76 Gesagte. Dem TV steht der Befreiungsanspruch zu, wenn er bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt annehmen durfte, die Eingehung der Verbindlichkeit sei zur ordnungsgemässen Verwaltung erforderlich gewesen.

---

8) Staudinger-Nipperdey § 670 A. 4; RG 151, 99

III. Haftung des Erben.

Der Erbe kann seine Haftung für den Ersatzanspruch und den Befreiungsanspruch des TV auf den Nachlass beschränken, wenn dieser Anspruch für den Erben eine Nachlassverbindlichkeit ist. Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören u.a. auch die Verbindlichkeiten, die den Erben als solchen treffen, die sogenannten Erbfallschulden. Dies sind alle die Schulden, die in Bezug auf den Nachlass anlässlich des Erbfalls entstehen. Hierzu gehören aber auch die Verpflichtungen aus der Geschäftsführung der mit der Verwaltung des Nachlasses betrauten Personen und zwar sowohl aus den in der Vertretung des Nachlasses eingegangenen Geschäften, wie aus den ihnen zustehenden Ersatzansprüchen aufgrund ihrer Tätigkeit [9]. Demnach gehört zu den Nachlassverbindlichkeiten der Ersatzanspruch und der Befreiungsanspruch des treuhänderischen TV. Zu diesem Ergebnis kommt auch Staudinger-Dittmann (§ 2218 A. 27).

Der BGH (12, 104) vertritt dagegen die Auffassung, dem Treuhänder sei ein Anspruch auf Befreiung von seiner unbeschränkten Haftung und der Aufwendungsersatzanspruch gegen den Erben zuzubilligen, ohne dass der Erbe die Möglichkeit habe, seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken.

Ohne Begründung setzt sich der BGH zunächst darüber hinweg, dass der Ersatzanspruch für den Erben eine Nachlassverbindlichkeit darstellt. Ein Weg, die Auffassung des BGH rechtlich zu begründen, kann darin erblickt werden, dass im Falle der treuhänderischen Übernahme durch den TV zwischen diesem und dem Erben ein Auftragsverhältnis zustandekommt und somit § 670 BGB unmittelbar, d.h. losgelöst von § 2218 BGB zur Anwendung kommt. Diese Konstruktion hat Siebert [10] abgelehnt. Das auftragsähnliche Verhältnis zwischen TV und Erbe sei in das TV-Verhältnis eingebettet und könne deshalb nicht über den Nachlass hinausgreifen.

---

9) OLG 12, 361; Staudinger-Lehmann § 1967 A. 12
10) HF S. 337

Es besteht aber auch kein wirtschaftliches Bedürfnis, dem TV einen unbeschränkbaren Ersatzanspruch zuzugestehen.

Für den Erben würde dieser unbeschränkte Anspruch eine erhebliche Belastung bedeuten. Er wäre mit seinem privaten Vermögen dem TV gegenüber haftbar. Für den TV dagegen würde durch diesen unbeschränkten Ersatzanspruch das Risiko der persönlichen Haftung erheblich gemindert.

Nach BGH (12, 103) wären bei einer nicht beschränkbaren Verpflichtung zum Aufwendungsersatz für den Erben keine unzumutbaren Gefahren gegeben. Er könne die Erbschaft ausschlagen. Der TV hafte für jegliches Verschulden. Der Erbe könne Rechnungslegung verlangen und somit die Geschäftsführung des TV beaufsichtigen. Wichtige Gründe gäben ihm das Recht, die Abberufung des TV zu verlangen.

Diese Grundsätze hat der BGH zwar für den Fall entwickelt, dass der TV als Bevollmächtigter des Erben das Geschäft weiterführt. Die Rechtslage ist aber insofern ähnlich, als bei der Bevollmächtigung der Erbe als Vertragspartner durch den TV unmittelbar verpflichtet wird und haftet, während bei der treuhänderischen Inhaberschaft der Erbe im Innenverhältnis zum Ersatz verpflichtet wäre und somit mittelbar haftet. Aber gerade weil bei der Bevollmächtigung der Erbe mit seinem privaten Vermögen in Anspruch genommen werden kann, sollte bei der treuhänderischen TV die Möglichkeit gegeben sein, den Erben nicht mit dem Risiko der unbeschränkten Haftung für den Ersatzanspruch zu belasten, sondern es sollte bei der gesetzlichen Regelung verbleiben. Dieses Ergebnis wird auch am besten den Interessen des Erblassers gerecht.

Er hat bei der Abfassung des Testaments die Möglichkeiten, die TV dahin anzuordnen, dass der TV als Bevollmächtigter des Erben das Geschäft weiterführt mit der Folge der persönlichen Haftung des Erben. Im Gegensatz dazu kann er aber auch den TV als Treuhänder einsetzen und somit dem Er-

ben die Möglichkeit einräumen, sein persönliches Vermögen im Wege der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass zu erhalten. Der Einwand, dass bei diesem Ergebnis wohl kaum ein TV als treuhänderischer Inhaber das Handelsgeschäft fortführt [11], ist zwar berechtigt, aber nicht überzeugend. Vielfach wird der Erbe selbst mittellos sein, so dass selbst bei einem unbeschränkbaren Ersatzanspruch der TV so gestellt sein würde, wie wenn er lediglich einen beschränkbaren Anspruch hätte. Regelmässig wird der TV als Inhaber das Geschäft nur dann weiterführen, wenn er davon überzeugt ist, dass das Geschäftsvermögen und die Ertragslage den Ausgleich von Geschäftsverbindlichkeiten ermöglichen.

Als Ergebnis bleibt daher festzustellen, dass der Erbe dem Aufwendungsersatzanspruch und dem Befreiungsanspruch des TV seine beschränkte Erbenhaftung entgegensetzen kann.

---

11) Goldschmidt JW 1931, 3057

E. Vergütung des Testamentsvollstreckers.

I. Bestimmung durch den Erblasser.

Ob und in welcher Höhe der TV für die Führung seines Amtes nach § 2221 BGB eine Vergütung verlangen kann, bestimmt sich in erster Linie nach dem in der letztwilligen Verfügung ausgesprochenen oder aus ihr zu erforschenden Willen des Erblassers. Hat der Erblasser angeordnet, der TV habe sein Amt unentgeltlich zu führen, so kann dieser keine Vergütung verlangen, auch wenn das Amt länger dauert und grössere Mühe verursacht [1]. Hat der Erblasser die Höhe der Vergütung selbst bestimmt, so kann der TV nur den bestimmten Betrag verlangen ohne Rücksicht auf seine Angemessenheit. Doch gilt auch hier der wirkliche oder mutmassliche Wille des Erblassers. Diese für den Normalfall der TV entwickelten Grundsätze können auch ohne Bedenken dann Anwendung finden, wenn der TV als Treuhänder das Geschäft weiterführt. Erscheint dem TV die festgesetzte Vergütung zu gering, kann er die Annahme des Amtes verweigern oder nach erfolgter Annahme kündigen. Dieses Risiko hat der Erblasser bei Festsetzung der Vergütung bewusst in Kauf genommen.

II. Die angemessene Vergütung.

Ist in der letztwilligen Anordnung die Vergütung nicht festgesetzt, und ist aus ihr nicht zu entnehmen, dass die TV unentgeltlich zu führen ist, kann der Vollstrecker eine angemessene Vergütung verlangen (§ 2221 BGB).

Bei der Bemessung der Vergütung ist nach dem Grundsatz der Angemessenheit vor allem Grösse, Wert und Umfang des

---

1) Staudinger-Dittmann, § 2221 A. 2

Nachlasses, die Dauer der Verwaltung, die Art der mit ihr verbundenen Geschäfte und Besorgungen, Umfang und Schwierigkeit der Arbeit, Grösse der Verantwortung und der erzielte Erfolg zu berücksichtigen [2]. Neben diesen Gesichtspunkten hat man eine Abstufung in Gebührensätzen versucht, die von einem Prozentsatz des Bruttonachlasses ausgehen. Diese Richtlinien sind von verschiedenen Anwaltskammern, Notarvereinen u.a. aufgestellt worden. Von diesen Richtlinien haben besonders diejenigen Anerkennung gefunden [3], die der Verein für das Notariat in Rheinpreussen aufgestellt hat (Rhein. Not. Z. 1918, 136, 1920, 100; 1925, 64).

Demnach erhält der TV

bei einem Nachlass bis zu 10.000.-- DM Bruttowert 4 %
bei einem Nachlass bis zu 100.000.-- DM Bruttowert 3 %
bei einem Nachlass bis zu 1.000.000.-- DM Bruttowert 1 %
und darüber hinaus 1 %

Diese Sätze gelten für normale Verhältnisse und glatte Abwicklung. Folgt dagegen eine längere Verwaltungstätigkeit und verursacht die Verwaltung eine besonders umfangreiche und zeitraubende Tätigkeit, so kann eine höhere Gebühr als angemessen erachtet werden, auch eine laufende, nach dem Jahresbetrag der Einkünfte zu berechnende Gebühr gerechtfertigt sein.

1. Entgelt.

Versucht man nach diesen Grundsätzen und Richtlinien die Höhe des Vergütungsanspruchs des TV festzusetzen, muss in erster Linie beachtet werden, dass die Tätigkeit, die Grösse der Aufgabe und das Risiko sich wesentlich von denen der üblichen TV unterscheiden.

---

2) Plassmann, JW 1935, 1830
3) Staudinger-Dittmann, § 2221 A. 14

Zunächst wird der treuhänderische TV im Regelfall ganztägig mit der Verwaltung des Nachlasses, d.h. mit der Leitung des Geschäfts beschäftigt sein. Er wird also keine Gelegenheit haben, sich durch eine andere Beschäftigung seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Angemessen ist in diesem Fall eine Vergütung, die diesem Umstand Rechnung trägt. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass der TV persönlich haftet. Als Mindesthöhe der Vergütung wird man das um die Hälfte erhöhte Gehalt des bestbezahlten Angestellten in Anschlag bringen können. Hat ein Prokurist nach Erbfall als treuhänderischer TV die Leitung übernommen, wird man mindestens das eineinhalbfache seines bisherigen Gehaltes als die ihm zustehende Vergütung ansehen müssen. Bei besonderer Verantwortung und grösseren Schwierigkeiten wird man gegebenenfalls über diesen Mindestsatz noch hinaus gehen können.

Da der TV auf die Vergütung angewiesen ist, muss ihm zugestanden werden, nicht entsprechend der jährlichen Rechnungsauslegung [4], sondern monatlich die Vergütung verlangen zu können.

2. Gewinnbeteiligung.

Der wesentliche Unterschied zu der üblichen TV, nämlich die Belastung des TV mit dem Risiko der persönlichen Haftung rechtfertigt zusätzlich zu dem regelmässigen Entgelt auch eine Beteiligung der TV an dem erwirtschafteten Gewinn.

Diese Gewinnbeteiligung entspricht auch den Interessen der Beteiligten. Dem TV wird ein grösserer Anreiz gegeben, sich mit vollem Einsatz seiner Arbeitskraft der Leitung des Geschäfts zu widmen. Der Vermögenzuwachs des Erben verrin-

---

4) Staudinger-Dittmann, § 2221 A. 18; Plassmann a.a.O., 1831

gert sich zwar. Andererseits wird aber durch die Beteiligung des TV erst die berechtigte Aussicht geschaffen, dass überhaupt ein Gewinn erarbeitet wird.

Die Höhe des Anteils am Gewinn wird man vielleicht mit 30 % annehmen können. Im Einzelfall rechtfertigen die Umstände womöglich ein Abweichen nach oben oder nach unten.

Nach § 2218 II BGB wird dieser Anspruch erst mit der jährlichen Rechnungslegung, mit Vorlegung der Handelsbilanz fällig. Denn aus ihr lässt sich der erwirtschaftete Gewinn erst ermitteln.

Die Vergütung ist von dem Erben aus dem Nachlass zu leisten. Die Verpflichtung des Erben zur Zahlung von Entgelt bzw. Gewinnbeteiligung ist eine Nachlassverbindlichkeit, für die der Erbe die beschränkte Erbenhaftung herbeiführen kann. Der TV kann die ihm zustehende Vergütung auch unmittelbar dem von ihm verwalteten Geschäftsvermögen entnehmen.

Die Entscheidung über die Höhe der Vergütung ist nicht Sache des Nachlassgerichtes sondern des Prozessgerichtes. Das Nachlassgericht kann auch nicht durch letztwillige Verfügung für die Festsetzung der Vergütung für zuständig erklärt werden [5]. Eine solche Verfügung kann aber u. U. dahin ausgelegt werden, dass die mit den Verrichtungen des Nachlassgerichts betrauten Personen die Vergütung entsprechend der §§ 315, 2156 BGB festsetzen sollen. [6]

---

5) KG OLG 8, 279; OLG Rostock Seuff. Arch. 78 Nr. 143
6) OLG Rostock, a.a.O.; RGR-Komm. § 2221 A. 1, Staudinger-Dittmann, § 2221 A. 8

gert sich zwar. Andererseits wird aber durch die Beteiligung des TV erst die berechtigte Aussicht geschaffen, dass überhaupt ein Gewinn erarbeitet wird.

Die Höhe des Anteils am Gewinn wird man vielleicht mit 30 % annehmen können. Im Einzelfall rechtfertigen die Umstände womöglich ein Abweichen nach oben oder nach unten.

Nach § 2218 II BGB wird dieser Anspruch erst mit der jährlichen Rechnungslegung, mit Vorlegung der Handelsbilanz fällig. Denn aus ihr lässt sich der erwirtschaftete Gewinn erst ermitteln.

Die Vergütung ist von dem Erben aus dem Nachlass zu leisten. Die Verpflichtung des Erben zur Zahlung von Entgelt bzw. Gewinnbeteiligung ist eine Nachlassverbindlichkeit, für die der Erbe die beschränkte Erbenhaftung herbeiführen kann. Der TV kann die ihm zustehende Vergütung auch unmittelbar dem von ihm verwalteten Geschäftsvermögen entnehmen.

Die Entscheidung über die Höhe der Vergütung ist nicht Sache des Nachlassgerichtes sondern des Prozessgerichtes. Das Nachlassgericht kann auch nicht durch letztwillige Verfügung für die Festsetzung der Vergütung für zuständig erklärt werden [5]. Eine solche Verfügung kann aber u. U. dahin ausgelegt werden, dass die mit den Verrichtungen des Nachlassgerichts betrauten Personen die Vergütung entsprechend der §§ 315, 2156 BGB festsetzen sollen. [6]

---

5) KG OLG 8, 279; OLG Rostock Seuff. Arch. 78 Nr. 143
6) OLG Rostock, a.a.O.; RGR-Komm. § 2221 A. 1, Staudinger-Dittmann, § 2221 A. 8

4. Kapitel

A. Beendigung der Testamentsvollstreckung.

I. Gründe.

Mit der Beendigung des TV-Amtes endigt die Berechtigung und Verpflichtung des TV, den Nachlass zu verwalten. Er verliert damit auch sein Recht, weiterhin als Inhaber des Unternehmens tätig zu sein. Die Gründe für die Beendigung sind zum Teil gesetzlich festgelegt.

1. Nach §§ 2225, 2201 BGB endigt das Amt des Vollstreckers durch seinen Tod, oder wenn er geschäftsunfähig, beschränkt geschäftsfähig wird, oder zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhält.

2. Nach § 2226 BGB kann der TV das Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht jederzeit kündigen. Da es keine Kündigungsfrist gibt, ist die Kündigung sofort wirksam. Unter Umständen kann sich der TV aber haftbar machen, wenn er nach Kündigungsverzicht ohne triftigen Grund das Amt niederlegt. Die Schadensersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der TV zur Unzeit kündigt, d.h. wenn die Kündigung so erfolgt, dass der Erbe für die Besorgung der dem Vollstrecker obliegenden Aufgaben nicht anderwärtige Sorge treffen kann [1]. Wirksam ist in diesem Fall die Kündigung aber immer. [2]

3. Nach § 2227 BGB ist die Möglichkeit gegeben, dass auf Antrag eines Beteiligten der TV durch das Nachlassgericht entlassen wird. Es muss ein wichtiger Grund vorliegen. Ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemässen Geschäftsführung. Als Beteiligte sind alle anzusehen, die ein rechtliches Interesse an der TV haben [3], also u.a. der Erbe, der Nacherbe, der Vermächt-

---

1) Staudinger-Dittmann, § 2226 A. 3
2) RG 100, 97
3) KG DFG 1937, 164

nisnehmer und der Nachlassgläubiger [4]. Als Beteiligte sind nicht die Geschäftsgläubiger der TV zu betrachten. Sie haben kein rechtliches Interesse an der TV, die ihnen meistens noch nicht einmal bekannt sein wird.

4. Darüber hinaus endigt das Amt auch mit dem Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, bis zu denen die TV angeordnet war. Eine Verwaltungsvollstreckung endet, wenn der Erblasser nichts anderes angeordnet hat, spätestens 30 Jahre nach dem Erbfall (§ 2210 BGB).

5. Die Herausgabe des Unternehmens (§ 2217 BGB) wird dagegen grundsätzlich nicht als Erlöschungsgrund in Frage kommen. Diese Bestimmung begründet in erster Linie ein Recht des Erben, von dem TV die Herausgabe einzelner Gegenstände zu verlangen (s.o. S. 69 f). Dieses Recht steht aber dem Erben nicht zu, wenn der TV als Verwaltungsvollstrecker tätig ist. Dies ist aber bei einem ein Handelsgeschäft verwaltenden TV der Fall. Er bedarf zur Erfüllung seiner Obliegenheiten aller Nachlassgegenstände, die überhaupt verwaltet werden können. Bis zur Beendigung der Verwaltung - Gründe 1 - 4 - ist daher eine vorzeitige Herausgabe an den Erben nicht möglich (KG DNotZ 1942, 225; RG HRR 1929 Nr. 1652).

Das Amt des TV erlischt aber, wenn er das Handelsgeschäft veräussert. Das Handelsgeschäft scheidet in diesem Fall aus dem Nachlass aus und unterliegt deshalb nicht mehr der Verwaltung des TV. Aufgrund seines Verfügungsrechtes ist der TV zu einer solchen Veräusserung fähig. Die Stellung des TV geht insofern weiter als die eines Prokuristen. Dieser kann keine Geschäfte abschliessen, die darauf gerichtet sind, den Betrieb zur Einstellung zu bringen, wie Veräusserung des Geschäfts, Löschung der Firma usw.

---

4) Bay. OBLG 16, 9; 17, 156; 21, 206; a.M. KG JFG 5, 154; Kipp-Coing § 132 Note 4

Der Grund für die weitergehende Befugnis liegt in der ausschliesslichen Verfügungsmacht des TV. Während eine Veräusserung des Handelsgeschäfts durch den Prokuristen nach einer Genehmigung des Inhabers wirksam wird (§ 177 BGB), kann der Erbe wegen der ihm entzogenen Verfügungsmacht eine solche Genehmigung, die einer Verfügung gleich käme, nicht abgeben.

Eine andere Frage ist, ob der TV mit der Veräusserung nicht gegen den Grundsatz der ordnungsgemässen Verwaltung verstösst und sich deshalb schadenersatzpflichtig macht. Dies wird regelmässig zu bejahen sein.

Durch eine Verpachtung des Handelsgeschäfts erlischt das Amt des TV noch nicht. Seine Verwaltung besteht in diesem Fall in der Innehabung der Stellung eines Verpächters und der Ausübung der damit verbundenen Rechte. Erlischt das Pachtverhältnis, übt der TV wieder sein ursprüngliches Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus. Aber auch hier unterliegt die Verpachtung im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der ordnungsgemässen Verwaltung einer besonderen Prüfung.

Ist aus einem dieser Gründe das Amt erloschen, ist der TV verpflichtet, dem Erben alles, was er zur Erfüllung seiner Aufgaben erhalten und durch seine Tätigkeit als Vollstrekker erlangt hat, herauszugeben (§§ 2218, 667 BGB). Bei der Herausgabe des Handelsgeschäfts als einem Inbegriff von Gegenständen hat der TV Inventur zu machen, darüber ein Verzeichnis vorzulegen und eine Bilanz zum Stichtag der Herausgabe anzufertigen und ebenfalls vorzulegen. Nur so hat der Erbe die Möglichkeit, sich ein genaues Bild über den Stand des Unternehmens zu machen und die Tätigkeit des TV seit Erstellung der letzten Bilanz zu überprüfen.

Wenn nötig, hat der TV den Offenbarungseid über die Vollständigkeit der Aufstellungen zu leisten (§ 260 BGB). Da die neu erworbenen Geschäftsgegenstände als Nachlassgegenstände Eigentum des Erben geworden sind, erstreckt sich die Herausgabepflicht auch auf diese Surrogate.

II. Auswirkung auf die Inhaberschaft.

Liegt ein Erlöschungsgrund vor, wird damit zwangsläufig noch nicht der Inhaberwechsel verbunden sein. Vielmehr wird dieser erst dann vorliegen, wenn der TV das Handelsgeschäft auf den Erben überträgt, d.h. ihm den Besitz an dem Geschäftsvermögen einräumt. Denn dadurch wird dem Erben erst die Möglichkeit gegeben, die Leitung des Geschäfts zu übernehmen, Anweisungen zu geben, über Geschäftsgegenstände zu verfügen und neue Handelsverträge abzuschliessen. Mit dieser Besitzeinräumung verliert der TV auch die praktische Möglichkeit, weiterhin als Inhaber tätig zu werden.

1. Beibehaltung der bisherigen Firma.

Nachdem der Erbe den Besitz an dem Handelsgeschäft erlangt hat, kann er das Geschäft selbst weiterführen.

Nach § 22 HGB kann der Erbe das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber ausdrücklich darin einwilligt. Demnach müsste der TV diese Einwilligung abgeben.

Aber auch in diesem Fall gilt das oben S. 11 ff. Gesagte entsprechend. Durch das Erlöschen des Amtes hat der TV sämtliche Rechte zur Verfügung über den Nachlass bzw. einzelner Nachlassgegenstände verloren. Er kann daher auch nicht mehr wirksam eine Genehmigung nach § 22 HGB erteilen. Durch die Beendigung des Amtes erlangt der Erbe das volle und freie Verfügungsrecht über den Nachlass. Er wird Träger des Firmennamens und bedarf als solcher keiner Einwilligung zur Beibehaltung der Firma.

Ähnlich ist die Rechtslage, wenn nach Beendigung einer Nutzungsdauer das Handelsgeschäft an den vorherigen Inhaber wieder zurückfällt. Hat der Nutzungsberechtigte die Firma in der Zwischenzeit fortgeführt, so ist nunmehr der vorherige Inhaber berechtigt, sie weiterzuführen, ohne dass es dazu der Bewilligung des Nutzungsberechtigten bedarf; denn

diesem war die Führung nur auf Zeit gestattet [5].

Hatte der TV das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit Beifügung eines Nachfolgezusatzes weitergeführt, ist bei Übernahme durch den Erben dieser Zusatz zu streichen.

Hat der TV aber eine andere Firma geführt, so ist die alte Firma erloschen und der Erbe muss eine neue, ursprüngliche Firma annehmen [5] [6]. In diesem Fall kann der Erbe die vom TV geführte Firma weiter benutzen, wenn dieser sich damit einverstanden erklärt. Denn diese neue Firma ist mit der Person des TV verbunden. Ohne seine Einwilligung darf der Erbe diesen Namen nicht weiterbenutzen.

2. Handelsregister.

Mit dem Übergang des Unternehmens auf den Erben ist der Name des TV im Handelsregister zu löschen und der des Erben einzutragen. Dazu bedarf es der Anmeldung beider Beteiligter. Der TV ist verpflichtet, das hierzu seinerseits Erforderliche beizutragen [7].

---

5) Würdinger § 22 A. 51

6) Dür. Hach. § 22 Anm. 36; Die in diesem Zusammenhang als a. M. hingestellte Entscheidung des KG (OLG 27, 300), in der das Firmenrecht als ruhend bezeichnet wird, geht von einem anderen Sachverhalt aus. Dem Pächter eines Handelsunternehmens war das Recht zur Firmenfortführung eingeräumt worden. Dieses Recht hatte der Pächter zunächst nicht ausgeübt. Erst später hat er von diesem Recht Gebrauch machen wollen. Nach KG bleibt das Firmenrecht an sich erhalten und zwar für die Zeit der Pacht in den Händen des Pächters. Dieser kann es jederzeit innerhalb der Pachtzeit nachträglich ausüben, schon um die Rechte des Verpächters (Erhaltung des Firmenrechts) zu wahren, dem er dafür haftbar sei. In einem solchen Fall sei das Firmenrecht ruhend (latent).

7) KG JFG 18, 276 = JW 39, 104

Man kann aber auch die Anmeldung des Erben allein zur Eintragung seiner Inhaberschaft für ausreichend erachten, wenn der Erbe bei Beendigung einen Erbschein dem Registerrichter vorlegt, in dem eine Bedingung oder ein Termin über die Beendigung des TV angegeben ist, die so bestimmt sind, dass über ihren Eintritt kein Zweifel besteht.

3. Haftung des Erben für bestehende Geschäftsverbindlichkeiten.

Führt der Erbe das Handelsgeschäft nach Beendigung der TV unter der bisherigen Firma mit oder ohne Nachfolgezusatz fort, haftet er grundsätzlich für die von dem früheren Inhaber begründeten Verbindlichkeiten.

a) Übergang unter Lebenden.

Mit Ausnahme des Falles, in dem die TV durch den Tod des TV endet, kann man die Übernahme des Unternehmens durch den Erben als einen Erwerb des Handelsgeschäfts unter Lebenden bezeichnen.

aa) Rechtsgrund § 25 HGB

Denn vor der Übertragung war der TV Inhaber, Erwerber ist der Erbe. Für den Aussenstehenden geht das Unternehmen vom TV als bisherigen vollberechtigten Inhaber auf den Erben als Erwerber über. Der Rechtsgrund für die Übertragung ist die beendigte TV. Für diesen Erwerb unter Lebenden [8] kommt für die Haftung für die früheren Verbindlichkeiten § 25 HGB zur Anwendung.

Ohne Begründung vertritt der BGH [9] die Auffassung, dass mit dem Tage der Kündigung durch den TV eine Dreimonatsfrist zu laufen beginne, in der der Erbe durch Einstellung des Geschäfts die Haftung für die früheren Verbindlichkeiten ausschliessen könne. Dementsprechend hafte der Erbe erst, wenn er das Geschäft über drei Monate hinaus forgeführt habe.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden.
§ 27 HGB setzt einen Erwerb von Todeswegen voraus. Der

---

8) Würdinger, § 27 A. 26; Hueck, ZHR 108, 28 f.
9) NJW 1961, 1304

Übergang des Geschäfts ist aber nicht nach dem Tod des TV und durch Gesamtrechtsnachfolge des Erben erfolgt.

Es besteht auch keinerlei Bedürfnis, dem Erben eine Dreimonatsfrist mit der Möglichkeit des Haftungsausschlusses zu gewähren [10]. Der Erbe kann sich, bevor er sich dazu entschliesst, das Geschäft mit der bisherigen Firma weiterzuführen, über die genaue Lage desselben beim TV erkundigen, der ihm zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verpflichtet ist. Deshalb benötigt der Erbe keine Zeit zur Überlegung, wie sie durch § 27 II HGB gewährt wird.

Kündigt der TV mit sofortiger Wirkung, ohne seiner Verpflichtung gemäss den Erben über den Stand des Unternehmens zu informieren, und überlässt er das Geschäft gleichzeitig dem Erben, wäre eine Überlegungsfrist für den Erben angebracht. Denn nun steht er unvermittelt vor der Entscheidung, ob und wie er das Handelsgeschäft fortführen soll. Da aber kein TV wegen der auf ihn zukommenden Schadensersatzpflicht in dieser Weise das Handelsgeschäft dem Erben übergeben wird, ist diese Konstruktion ohne praktische Bedeutung. Es kann deshalb die Gewährung einer Überlegungsfrist für den Erben als nicht erforderlich bezeichnet werden.

Ein anderes Ergebnis wäre auch den Gläubigern nicht zumutbar. Für sie stellt sich der Erwerb nach Beendigung der TV als ein Erwerb unter Lebenden dar. Sie können damit rechnen, dass bei Beibehaltung der Firma der neue Inhaber für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftet, wenn er nicht seine Haftung nach § 25II HGB ausgeschlossen hat.

---

10) Hueck, a.a.O., 28 f.

Da nicht anzunehmen ist, dass der BGH trotz dieser Bedenken die Anwendung des § 27 HGB für selbstverständlich hält, kann die Entscheidung entgegen ihrem Wortlaut wohl nur so aufgefasst werden, dass der BGH es in dem zu entscheidenden Fall dahingestellt sein lassen wollte, ob mit der Beendigung der TV § 27 HGB zur Anwendung kommt oder nicht. Da die Erbin i.d.F. das Geschäft länger als drei Monate nach Beendigung der TV unter der Firma weitergeführt hatte, haftete sie demnach in jedem Fall für die vor der Kündigung entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten.

bb) Haftungsausschluss.

Der TV haftet als Vertragspartner auch nach Herausgabe des Geschäfts für die von ihm begründeten Geschäftsverbindlichkeiten. Im Innenverhältnis ist der Erbe im Rahmen des Aufwendungsersatzes verpflichtet, den TV von diesen Verbindlichkeiten zu befreien (§§ 670, 257 BGB) oder bei noch nicht fälligen Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten (§ 257, 2 BGB). Diesem Ersatzanspruch kann der Erbe seine beschränkte Erbenhaftung entgegensetzen.

Führt der Erbe das Handelsgeschäft nach Beendigung der TV unter der bisherigen Firma fort, würde er nach § 25 I HGB für die vom TV begründeten Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt und persönlich haften; damit würde die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für die im Innenverhältnis dem TV wegen dieser Verbindlichkeit zustehenden Befreiungsansprüche tatsächlich umgangen werden, wenn nicht der TV seinerseits dazu bereit ist, mit dem Erben dessen Haftung für die Geschäftsschulden auszuschliessen (§ 25 II HGB).

Im Interesse des Erben würde somit eine Verpflichtung des TV liegen, auf Verlangen des Erben eine Vereinbarung über den Haftungsausschluss abzuschliessen.

Eine solche Verpflichtung würde auch mit dem mutmasslichen Willen des Erblassers übereinstimmen. Denn dadurch könnte verhindert werden, dass der Erbe wegen der auf ihn zukommenden beschränkten Haftung entgegen der Absicht des Erblassers das Geschäft nicht mit der bisherigen Firma weiterführt.

Auch das gerechtfertigte Interesse des TV steht einer solchen Verpflichtung nicht entgegen. Denn einmal haftet er nach Geschäftsübergang auch bei Fehlen einer solchen Vereinbarung als Vertragspartner für die von ihm begründeten Geschäftsverbindlichkeiten. Die Haftung des Erben würde nur neben seine Haftung treten (Schuldbeitritt) [11]. Ausserdem kann der TV bis zur Beendigung seines Amtes die Forderungen seiner Geschäftsgläubiger durch Zahlung mit Mitteln aus dem von ihm verwalteten Nachlass, insbesondere also aus dem Geschäftsvermögen zum Erlöschen bringen. Der TV kann weiter wegen seines Befreiungsanspruches für die fälligen Geschäftsschulden Nachlassgegenstände nach §§ 273, 274 BGB zurückbehalten [12]. Wegen seines Anspruchs auf Sicherheitsleistung für die noch nicht fälligen Geschäftsverbindlichkeiten (§ 257, 2 BGB) kann er ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht an Gegenständen aus dem Geschäftsvermögen geltend machen. Erfüllt er nach Beendigung der TV Geschäftsverbindlichkeiten, steht ihm der auf Geldzahlung gerichtete Aufwendungsersatzanspruch gegen den Erben zu.

Für den Gläubiger hat eine Vereinbarung zwischen dem TV und dem Erben nach § 25 II HGB eine erhebliche Bedeutung. Bei Abschluss einer solchen Vereinbarung geht dem Gläubiger der unmittelbare Zugriff auf die im Handelsgeschäft steckenden Werte verloren. Damit muss aber ein Geschäftsgläubiger jederzeit rechnen. Bei Veräusserung eines Geschäfts können Erwerber und Veräusserer ohne Rücksicht auf das Interesse der Gläubiger an dem Haftungsobjekt "Geschäftsvermögen" die Haftung des Erwerbers ausschliessen. Das berechtigte Interesse des Gläubigers geht aber nur soweit, dass für seine Forderungen jemand persön-

11) Schlegelberger-Hildebrandt, § 25 A. 10
12) Staudinger-Dittmann, § 2218 A. 24;

lich und unbeschränkt haftet. Da bei einer Vereinbarung nach § 25 II HGB der TV persönlich haftender Schuldner bleibt, wird diesem Interesse Rechnung getragen. Zu dem Vermögen des TV als persönlicher Schuldner gehört der Befreiungsanspruch gegen den Erben. Diesen Anspruch kann der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung an sich zur Einziehung oder an Zahlungs Statt überweisen lassen, um dann von dem Erben die Zahlung oder die Schuldübernahme verlangen zu können. Der Erbe kann zwar seine Haftung für diesen Anspruch auf den Nachlass beschränken. Da zu dem Nachlass aber als bedeutendstem Haftungsobjekt das wiedererlangte Handelsgeschäft gehört, hat der Gläubiger über diesem Umweg die Möglichkeit, sich wegen seiner Forderungen schliesslich doch noch aus dem Geschäftsvermögen zu befriedigen.

Unabhängig von der Interessenlage bietet sich eine rechtliche Möglichkeit an, eine Verpflichtung des TV zum Abschluss der Vereinbarung zu begründen.

Der TV ist verpflichtet, den Nachlass so wie er ihn in Besitz genommen hat, zuzüglich der während seiner Verwaltung erworbenen Gegenstände herauszugeben. Die von dem TV begründeten Geschäftsverbindlichkeiten stehen rechtlich in keiner Beziehung zu dem Nachlass. Sie sind keine Nachlassverbindlichkeiten, sondern Eigenverbindlichkeiten des TV. Deshalb treffen sie auch nicht unmittelbar den Erben. Der Erbe kann deshalb nicht gezwungen werden, für diese Verbindlichkeiten zu haften.

Im Rahmen der ordnungsgemässen Verwaltung (2216 BGB) ist daher eine Verpflichtung des TV zu bejahen, bei Übernahme des Geschäfts durch den Erben mit diesem nach dessen Wunsch eine Vereinbarung zu treffen, nach der der Erbe für die im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten nicht haften soll. Kommt der TV aus Verschulden nicht oder nicht rechtzeitig seiner Verpflichtung nach, macht er sich dem Erben gegenüber schadensersatzpflichtig.

Wirksam wird eine solche Vereinbarung, wenn sie den Vorschriften des § 25 II HGB entsprechend bekanntgemacht worden ist.

Führt der Erbe die Firma nicht fort und gibt er keine Erklärung nach § 25 III HGB ab, liegen die Voraussetzungen für einen Schuldbeitritt nicht vor und der Erbe haftet nicht für die vom TV begründeten Verbindlichkeiten. Auch in diesem Fall kann sich der Gläubiger durch Pfändung und Überweisung des dem TV zustehenden Befreiungsanspruch eine Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen schaffen.

b) Übergang nach dem Tod des Testamentsvollstreckers.

Endet das Amt des Vollstreckers durch seinen Tod, hat sein Erbe den Tod dem Erben, für dessen Erbschaft die Vollstrekkung angeordnet war, unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, die Besorgung der Obliegenheiten fortzusetzen, bis der verständigte Erbe selbst anderweitig Vorsorge treffen kann (§ 673, 2 BGB). Ist der Erbe des TV seiner ererbten Verpflichtung zur Herausgabe des Nachlasses nachgekommen, wird der Erbe, dessen Erbschaft der TV verwaltete, Inhaber des Handelsgeschäfts. Er wird also durch ein unvorhergesehenes Ereignis - Tod des TV - Inhaber des Unternehmens.

aa) Rechtsgrund § 27 HGB.

Diese Ausgangslage entspricht der des § 27 HGB. Auch hier sieht sich der Erbe durch den Tod des Erblassers plötzlich der Inhaberschaft gegenübergestellt. Ohne dass er den Stand des Unternehmens kennt, muss er sich darüber entscheiden, ob er das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführen will. Um dieser Situation Rechnung zu tragen, gewährt § 27 II HGB die Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch Einstellung des Betriebes innerhalb von drei Monaten.

Unmittelbar kann § 27 HGB auf den Fall, dass die TV durch den Tod des TV endet, nicht angewendet werden. Denn der Erbe ist nicht Erbe des TV. Er wird nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Inhaber des Handelsgeschäfts.

Dass der TV während seiner Verwaltung verpflichtet ist, dem Erben Rechnung zu legen, kann dem Erben nicht die Kenntnis über die Geschäftslage verschaffen, die erforderlich wäre, um sich sofort über die Fortführung unter der bisherigen Firma entscheiden zu können. Man denke insbesondere an den Fall, dass zwischen der letzten Rechnungslegung und dem Tod des TV schon mehrere Monate vergangen sind.

Man wird aus der Interessenlage heraus daher die entsprechende Anwendung des § 27 HGB für den Erben bejahen müssen, wenn dieser nach dem Tod des TV als Inhaber das Geschäft unter der bisherigen Firma fortführt. Erfüllt der Erbe die Voraussetzungen der §§ 27 I, 25 I HGB, haftet er für die vom TV begründeten Geschäftsverbindlichkeiten.

bb) Haftungsausschluss.

Aus der Anwendbarkeit des § 27 HGB ergibt sich für den Erben die Möglichkeit, nach Abs. II durch Einstellung des Geschäfts innerhalb von 3 Monaten die Haftung auszuschliessen. Da § 27 HGB sich auch auf § 25 II HGB bezieht, hat der Erbe weiterhin die Möglichkeit, bei Übernahme des Geschäfts durch eine entsprechende einseitige Erklärung die Haftung auszuschliessen. (s.o. S. 39 ff.).

Diese weitere Möglichkeit des Haftungsausschlusses wird auch durch Prüfung der Interessenlage bestätigt.

Der Erbe kann, ohne zu dem Radikalmittel der Einstellung Zuflucht nehmen zu müssen, das Geschäft unter der bisherigen Firma weiterführen und den Firmenwert erhalten.

Im Interesse des Erblassers liegt es, dass der Erbe unter Beibehaltung der Firma nach Beendigung der TV die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten des TV ausschliessen kann.

Für den Geschäftsgläubiger ist die Möglichkeit des Haftungsausschlusses durch den Erben auch zumutbar, obwohl er damit den Erben als persönlich haftenden Schuldner verliert. Für seine Geschäftsforderungen haftet der Rechtsnachfolger des TV, der Erbe des TV nach Erbrecht. Der Erbe des TV kann seine Haftung für die Forderungen auf den Nachlass beschränken. Zu diesem Nachlass gehört auch der vom Erbe des TV ererbte Befreiungsanspruch gegen den Erben. Diesen Anspruch kann der Gläubiger sich überweisen lassen, womit ihm der Weg eröffnet wird, wegen seiner Geschäftsforderungen in das vom TV verwaltete, nun im Besitz des Erben befindliche Geschäftsvermögen zu vollstrecken.

Der Gläubiger hat damit die Möglichkeit, in das Vermögen, mit dem ihm bei Vertragsschluss der TV haftete, auch nach dem Tod unter der Voraussetzung der vorherigen Überweisung des Befreiungsanspruchs zu vollstrecken. Der Haftungsverband zu Lebzeiten des TV unterscheidet sich nicht von dem, dem der Gläubiger nach dem Tode des TV gegenüber steht.

Damit ist dem berechtigten Interesse des Gläubigers genüge getan. Die Möglichkeiten des Erben bei Fortführung des Geschäfts die Haftung auszuschliessen beeinträchtigen die Position des Gläubigers nicht in unzumutbarer Weise.

cc) Innenverhältnis.

In dem Verhältnis Erbe des TV und Erbe bleibt es bei der sich aus dem Erbrecht ergebenen Regelung.

Dem Erben des TV steht wegen der Geschäftsverbindlichkeiten der ererbte Befreiungsanspruch gegen den Erben zu. Ist dieser Anspruch fällig, kann der Erbe des TV Nachlassgegenstände zurückbehalten. Bei noch nicht fälligen Verbindlichkeiten kann er von dem Erben Sicherheitsleistung verlangen (§ 257, 2 BGB).

B. Der Testamentsvollstrecker als Treuhänder.

Der TV, der das seiner Verwaltung unterliegende Handelsgeschäft in eigenem Namen und unter eigener Haftung führt, wird in dieser seiner Eigenschaft von der Rechtssprechung und der Rechtslehre ausnahmslos als Treuhänder bezeichnet.[1]

I. Fiduziarische Treuhand.

Obwohl die Worte "Treuhänder" und "Treuhandschaft" heute in sehr verschiedenem Sinne gebraucht werden, so dass sie eine rein wirtschaftliche Bedeutung ohne spezifisch rechtlichen Gehalt haben können im Sinne einer auf Vertrauen beruhenden Fürsorgetätigkeit, geht die rechtliche Wertung von einem engeren Treuhandbegriff aus. An diesem Begriff hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Treuhänder ist derjenige, der von einem anderen (Treugeber) einen Vermögensgegenstand (Treugut) zu treuen Händen zu vollem Recht übertragen erhält, auf dass der Treuhänder die übertragene Rechtsmacht im eigenen Namen uneigennützig im Interesse des Treugebers ausnütze [2].

Der Treuhänder soll also Eigentümer der übertragenen Sache, Gläubiger der zedierten oder durch Indossament übertragenen Forderung werden, sich aber im Innenverhältnis gleichwohl wirtschaftlich nur wie ein Verwalter, Pfandgläubiger, Beauftragter usw. verhalten, mithin die Sache oder die Forderung nur zu treuen Händen haben [3].

---

1) BGH 12, 100; 24, 106; BGH NJW 1961, 1304; KG JFG 18, 276 = JW 39, 104; Palandt-Rechenmacher § 2205 A. 1b; Staudinger-Dittmann, § 2205 A. 58; Schlegelberger-Hildebrandt, § 22 A. 8; RGR-Komm. vor § 164 A. 14 und § 2205 A. 1b; Donner DNotZ 1944, 143; Kipp-Coing § 68 III 2b; Siebert HF S. 328; Hildebrandt DFG 1937, 153; Baumbach-Duden, § 27, § 1 A 6c

2) RG 84, 217; 94, 308; 127, 344; 133, 87

3) Enneccerus-Nipperdey, § 148 II 1

Das zu treuen Händen gewährte Recht scheidet rechtlich völlig aus dem Vermögen des Treugebers aus [4]. Das hat zur Folge, dass alle dinglichen Beziehungen des Treugebers zu der übereigneten Sache gelöst werden. Als Eigentümer der Sache, Inhaber der Forderung, sind Verfügungen des Treuhänders über das Treugut auch dann wirksam, wenn sie unter Missachtung des auf ihn gesetzten Vertrauens erfolgt sind. Seine Machtstellung ist im Aussenverhältnis unbeschränkt. Der Treugeber kann bei pflichtwidrigen Verfügungen Schadensersatz verlangen, die strenge Relativität des obligatorischen Rechts schliesst aber eine Aussenwirkung auf Dritte abgesehen von gewissen Sachlagen bei der Vollstreckung aus [5].

Weiter gehören zum Treugut nicht ohne weiteres solche Gegenstände, die mit Mitteln des Treuguts erworben worden sind [6]. Denn das Surrogationsprinzip kann nicht allgemein anerkannt werden. Das BGB ermöglicht die Surrogation durchweg nur bei Sondervermögen. Es ist aber sehr zweifelhaft, ob das Treugut Sondervermögen ist, da ein Sondervermögen ein durch Rechtsvorschrift "dinglich" abgegrenzter Kreis von Rechten ist [7]. Es bedarf somit eines besonderen Übertragungsaktes, wenn neuerworbene Gegenstände Treugut werden sollen.

Wegen der wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Treuguts zu dem Vermögen des Treugebers kann unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit der Treugeber einer Pfändung des Treuguts durch einen Gläubiger des Treuhänders nach § 771 ZPO widersprechen [8].

Der dem Treuhänder als Geschäftsgegner gegenüberstehende Dritte weiss meistens, dass der Treuhänder in fremdem Interesse und auf fremde Rechnung handeln will.

---

4) RG 79, 121; 84, 21; 91, 12; 103, 199; 127, 344; 133, 84; 153, 369; RG JW 1939, 1433; RG Gruchot 72, 198
5) Siebert, Rechtsgeschäftliche Treuhand S. 155
6) RG 153, 369
7) Siebert, a.a.O., S. 184
8) RG 45, 80; 79, 121; 91, 12; 127, 9; 127, 344; 133, 84;

Der TV, der das Handelsgeschäft als Inhaber weiterführt, wird aber nicht Eigentümer des Geschäftsvermögens [9]. Er wird nicht als Eigentümer des Geschäftsgrundstückes in das Grundbuch eingetragen. Ebensowenig wird er Eigentümer der beweglichen Sachen und Gläubiger der Geschäftsforderungen. Ihm werden also keine Gegenstände zu Vollrecht übertragen. Es fehlt damit schon an dem für die Bejahung eines fiduziarischen Treuhandverhältnisses erforderlichen Treugut. Da dem TV kein Vollrecht übertragen wird, ergibt sich seine Befugnis, über das Geschäftsvermögen zu verfügen, nicht aus seiner Stellung als Vollrechtsinhaber. Seine Verfügungsbefugnis findet ihre Grundlage in der testamentarischen Anordnung.

Da bei den im Rahmen seiner Verwaltung abgeschlossenen Handelsgeschäften Surrogation eintritt, unterscheidet sich auch insoweit das Treuhandverhältnis von dem Verhältnis TV und Erbe.

Einer Zwangsvollstreckung von Geschäftsgläubigern des TV in das Geschäftsvermögen kann der Erbe nicht widersprechen.

Die Geschäftsgegner wissen meistens nicht, dass der TV aufgrund testamentarischer Anordnung Inhaber geworden ist.

Gemeinsam ist beiden, dass sowohl der fiduziarische Treuhänder als auch der TV als Inhaber für die von ihnen eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich haftet. Dieses Merkmal begründet allein aber noch kein Treuhandverhältnis. Auch dass der TV für Rechnung des Erben, aber im eigenen Namen tätig wird, rechtfertigt nicht die Annahme eines Treuhandverhältnisses [10].

---

9) KG JFG 18, 276
10) RG § 133, 87

II. Offene Treuhand.

Neben dem durch Vollrechtsübertragung entstandenen Treuhandverhältnis besteht die Möglichkeit, dem Treuhänder nur eine beschränkte zweckentsprechende Rechtsmacht, eine gewisse Verfügungsmacht einzuräumen [11]. Hauptfall dieser sogenannten offenen oder deutschrechtlichen Treuhand stellt die Ermächtigungstreuhand dar. Rechtsgrundlage hierfür ist § 185 BGB. Vom Standpunkt des Nichtberechtigten bedeutet eine Einwilligung nach dieser Bestimmung die Erteilung einer Macht, nämlich der rechtlichen Möglichkeit, im eigenen Namen über fremdes Recht zu verfügen. Der Treugeber ist der Ermächtigende, der Treuhänder der Ermächtigte. Die Rechtsmacht des Treuhänders ist eine eigenrechtliche Befugnis, die dem jeweiligen Zweck des Treuhandverhältnisses angepasst werden kann.

Es gibt folgende Arten der Ermächtigung.

1. Nach § 185 I BGB kann der Treuhänder ermächtigt werden, im eigenen Namen über ein fremdes Recht zu verfügen.

2. Denkbar ist auch eine Verpflichtungsermächtigung. Durch sie soll der Ermächtigte in den Stand gesetzt werden, durch Rechtsgeschäfte im eigenen Namen den Ermächtigenden zu verpflichten. Die h.M. [12] lehnt sie als eine wegen Verstosses gegen das Offenheitsprinzip dem deutschen Recht im wesentlichen fremde Rechtseinrichtung ab. Der Gläubiger müsse grundsätzlich klar erkennen können, wer sein Schuldner sei.

Darüber hinaus gibt es die Prozessführungsermächtigung. Sie gibt dem Begünstigten die Befugnis, über ein Rechtsverhältnis im eigenen Namen und auf eigene Kosten einen Prozess zu führen. Sie wird von der h.M. analog § 185 BGB als zulässig angesehen [13].

Dagegen ist eine Erwerbsermächtigung, durch die der Ermächtigte im eigenen Namen Rechte unmittelbar für den Ermächtigenden erwirbt, mit den Grundsätzen unserer Rechtsordnung

---

11) Siebert, a.a.O., S. 232
12) Siebert-Soergel, § 185 A. 25; Enneccerus-Nipperdey, § 204, I, 1b; Staudinger-Coing 63c vor § 164; BGH 34, 125
13) RG 73, 306; 91, 367; 94, 137; 148, 47; BGH 4, 164

über die Vertretungnicht vereinbar [14].

Da bei der Ermächtigungstreuhand der Ermächtigende Vollrechtsinhaber bleibt, kann er weiterhin neben dem Ermächtigten über den Gegenstand verfügen [15]. Eine konkurrierende Verfügungszuständigkeit bleibt bestehen.

Demgegenüber beruht das Recht des TV, über Gegenstände des Geschäftsvermögens zu verfügen, nicht auf einer entsprechenden Ermächtigung. Es ist vielmehr die Folge der angeordneten TV. Daraus erklärt sich auch, dass dem Erben eine Verfügungsmacht noch nicht zusteht, diese ihm vielmehr mit dinglicher Wirkung vorenthalten ist. [16] Eine konkurrierende Rechtszuständigkeit ist damit nicht gegeben.

Während der offene Treuhänder wegen der Unzulässigkeit der Erwerbsermächtigung Gegenstände nicht unmittelbar für den Treugeber erwerben kann, werden die vom TV erworbenen Geschäftsgegenstände Eigentum des Erben.

Man kann deshalb den TV nicht als "offenen" Treuhänder bezeichnen.

III. Rechtsnatur der normalen Testamentsvollstreckung.

Hinsichtlich seines Verwaltungs- und seines Verfügungsrechtes unterscheidet sich die Stellung des persönlich haftenden TV nicht von der eines gewöhnlichen TV. Wegen der testamentarischen Anordnung kann er das Handelsgeschäft verwalten und über Geschäftsgegenstände verfügen. Seine ausschliessliche Rechtszuständigkeit bedingt ferner die Ausübung der mit dem Verwaltungsrecht verbundenen Inhaberschaft.

---

14) Siebert a.a.O., S. 238
15) Enneccerus-Nipperdey, § 148 II, 2
16) Staudinger-Dittmann, § 221 A. 2

Lediglich bei der Eingehung neuer Verbindlichkeiten tritt der TV in Abwandlung der gesetzlichen Regelung im eigenen Namen auf, um seine eigene persönliche Haftung herbeizuführen. Er verzichtet damit auf das ihm in seiner Eigenschaft als TV eingeräumte Recht, den Erben zumindest bis zur Höhe des Nachlasses zu verpflichten. Die abweichende persönliche Haftung des TV berührt aber das Verhältnis zwischen TV und Erbe nicht. In diesem Sinne ist auch die schon öfters zitierte Entscheidung des KG [17] zu verstehen:

"Der Unterschied zwischen der Führung eines Handelsgeschäfts durch einen TV als solchen und derjenigen durch einen TV als treuhänderischen Geschäftsinhaber ist nur vom Standpunkt des TV aus erheblich, insofern er im letzteren Fall persönlich für die Geschäftsschulden haftet, aber nicht vom Standpunkt der Erben aus."

"Im Verhältnis zu den Erben unterscheidet aber sich die Stellung eines TV, der das zum Nachlass gehörige Handelsgeschäft nach Art eines Inhabers fortführt, keinesfalls von derjenigen des gewöhnlichen TV."

Das Innenverhältnis zwischen TV und Erbe bleibt demnach unverändert. Da aber Treuhandgeschäfte in erster Linie sich auf das Verhältnis Treugeber - Treuhänder beziehen - für den Treuhänder sind die Beziehungen zu Dritten nicht wesentlich [18] - könnte die Bezeichnung Treuhänder dennoch gerechtfertigt sein, wenn der TV allgemein als Treuhänder bezeichnet wird.

1. TV als Treuhänder.

Nach Kipp-Coing [19] ist der normale TV des BGB ein Treuhänder, den der Erblasser aufgrund der Testierfähigkeit mit be-

---

17) JFG 18, 276 = JW 39, 104
18) Staudinger-Coing, vor § 174 A. 58
19) § 66 III

stimmten Aufgaben für den Nachlass ernennt. Er hat ein Verwaltungsrecht, das er nicht in Eigeninteresse, sondern nach den Weisungen des Erblassers im Interesse der vom Erblasser begünstigten Personen ausüben soll. Er ist von dem Erben also unabhängig, sein Recht drängt das des Erben zurück. Seine Kennzeichnung als Treuhänder entspreche am besten sowohl der geschichtlichen Entwicklung wie den ihm gestellten Aufgaben.

Schliesst man sich dieser Auffassung an, die der herrschenden Amtstheorie nahesteht und sich von dieser in praktischen Ergebnissen nicht unterscheiden dürfte [20], lässt sich die Bezeichnung des persönlich haftenden TV als Treuhänder halten. Die Begründung liegt allerdings in diesem Fall nicht in seiner Inhaberschaft, sondern darin, dass der TV schon von Natur aus Treuhänder ist.

2. Der TV als Träger eines privaten Amtes.

Betrachtet man dagegen mit der h. M. [21] den TV als Inhaber oder Träger eines privaten Amtes (Amtstheorie), das ihm von dem Erblasser übertragen ist und das er kraft eigenen Rechtes, also unabhängig vom Willen des Erben, und im eigenen Namen, aber - im Rahmen der letztwilligen Anordnungen - doch im Interesse anderer, vor allem im Interesse des Erben ausübt, ist die Bezeichnung Treuhänder für den TV, der das Handelsgeschäft als Inhaber fortführt, nicht gerechtfertigt.

---

20) Staudinger-Dittmann, vor § 2197 A. 14

21) RG 56, 327; 68, 257; 76, 125; 81, 292; 86, 294; 132, 138; BGH 13, 203; Staudinger-Dittmann vor § 2197 A. 15; RGR-Komm. vor § 2197; Soergel-Ehard-Eder, 1 vor § 2197 Plack-Flad, 2 vor § 2197; Palandt-Rechenmacher, 1 vor § 2197; Stein-Jonas I, 2 vor § 50

IV. Ergebnis.

Bei dem Versuch, eine für den TV in seiner Eigenschaft als Inhaber zutreffende Bezeichnung zu finden, wird man von den gewonnenen Ergebnissen ausgehen müssen. Im Innenverhältnis unterscheidet sich seine Stellung gegenüber den Erben grundsätzlich nicht von der eines gewöhnlichen TV. Insofern ist er auch als persönlich haftender Inhaber TV. Sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht ergibt sich aus der letztwilligen Anordnung des Erblassers. Eine Abwandlung tritt lediglich im Aussenverhältnis bei der Eingehung neuer Verbindlichkeiten ein.

Während der normale TV, um die Rechtsfolgen seiner Willenserklärungen von sich abzuwenden, zu erkennen gibt, dass er nicht in seiner eigenen, sondern in fremder Interessensphäre tätig wird und sich deshalb zwar nicht als Vertreter des Erben sondern als TV eines bestimmten Nachlasses bezeichnet [22], will der TV als Inhaber gerade das Gegenteilige erreichen, um dem Grundsatz des Handelsrechts entsprechend aus seinen Rechtsgeschäften persönlich haftbar zu werden. Er bezeichnet sich bei der Fortführung des Geschäfts nicht als TV.

In dieser Weise müsste auch seine Rechtsstellung gekennzeichnet werden:

> In Ausübung seines Verwaltungsrechts führt der TV das zum Nachlass gehörende Handelsgeschäft in der Weise fort, dass er sich bei der Eingehung von Geschäftsverbindlichkeiten nicht als TV bezeichnet, sondern wie ein Inhaber im eigenen Namen auftritt.

Mit einem einzigen Wort lässt sich die Stellung des TV als Inhaber nicht umschreiben.

---

22) Binder, § 26

Man könnte aber dennoch den in der Rechtsprechung und Rechtslehre üblichen Begriff des Treuhänders verwenden, wenn man sich von der Vorstellung eines Treuhänders im engen Rechtssinne - ein solcher ist der TV nicht - löst und den wirtschaftlichen Treuhandbegriff zur Grundlage macht. Dieser Begriff klammert sich nicht an die für den engen Rechtsbegriff erforderlichen Voraussetzungen wie z.B. Vollrechtsübertragung des Treuguts.

In rein wirtschaftlicher Bedeutung kann man als Treuhandschaft jede auf Vertrauen beruhende Fürsorgetätigkeit oder alle Geschäfte mit uneigennütziger Fremdinteressenwahrung [23] bezeichnen. Diesem Begriff lässt sich die Stellung des TV als Inhaber unterordnen. Für den Erben, dem der Erblasser die Führung des Unternehmens noch nicht zutraute, wird der TV als Verwalter fürsorglich tätig. Im Vertrauen auf seine Fähigkeiten hat der Erblasser den TV eingesetzt. Da der TV für Rechnung des Erben dessen Eigentum verwaltet, wahrt er uneigennützig fremde Interessen.

Nur mit dieser Begründung lässt sich der von der Rechtsprechung und Rechtslehre verwendete Begriff des Treuhänders rechtfertigen. Als "wirtschaftlicher" Treuhänder kann der TV, der das Geschäft in eigenem Namen weiterführt, bezeichnet werden. Wenn so die Formulierung "TV als Treuhänder" verstanden wird, bestehen gegen die Verwendung des Begriffs Treuhänder keine Bedenken.

---

23) Soergel-Siebert, vor § 164, A. 25

Lebenslauf

Am 16. Januar 1936 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Friedrich Scheel und seiner Ehefrau Lore, geb. Petermeier in Dortmund geboren.

Im Jahre 1942 wurde ich dort in die Marienschule eingeschult. Im Zuge der Evakuierung verzogen wir im Frühjahr 1943 nach Körbecke am Möhnesee, wo ich die dortige Volksschule besuchte.

Ostern 1947 trat ich in das Archygymnasium zu Soest, Westf. ein. Ein Jahr später kehrten wir nach Dortmund zurück. Dort besuchte ich bis zur Ablegung der Reifeprüfung im März 1956 das Stadtgymnasium.

Anschliessend begann ich mein juristisches Studium an der Universität in Freiburg i. Br. . Im Herbst 1957 wechselte ich zur Universität München. Im Januar 1960 bestand ich dort die erste juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm beschäftigt.